

Evolución histórica de los delitos contra el deber de presencia en el Derecho Histórico Militar: Desde el Constitucionalismo decimonónico hasta nuestros días

Historical evolution of the crimes against the Duty of Presence in Historical Military law: From the 19th-century Constitutionalism to the present time

José Luis MARTÍN DELPÓN

Oficial del Cuerpo Jurídico Militar

Juez Togado Militar

(Juzgado Togado Territorial 51, Santa Cruz de Tenerife)

jmarde2@oc.mde.es

Recibido: 25 de enero de 2007

Aceptado: 28 de febrero de 2007

RESUMEN

Desde el derecho romano hasta nuestros días, la desertión ha sido considerada como un ejemplo palmario de delito militar. El presente artículo pretende dar una visión global de la evolución de este delito castrense a lo largo del constitucionalismo decimonónico y su consolidación en nuestro ordenamiento, ya en el siglo XX, tanto en el Código de Justicia Militar de 1945 como por el Código Penal Militar, aprobado por Ley Orgánica 13/1985, así como las perspectivas de permanencia en nuestro ordenamiento de conformidad con los nuevos retos de la Defensa Nacional y su incidencia en el derecho penal militar.

PALABRAS CLAVE: Desertión, abandono de destino, derecho penal militar, justicia militar.

ABSTRACT

From the Roman law to the present time, the desertion has been considered an obvious example of military crime. The present article tries to provide a global vision of the evolution of this military crime throughout the 19th century constitutionalism and its consolidation in our legal system, already in the 20th century, both at the Code of Military Justice of 1945 as at the Military Penal Code, approved by Statutory law 13/1985, as well as the perspective of its permanence in our legal system in accordance with the new challenges of the national defense and their incidence in the military law.

KEYWORDS: Desertion, service neglect, military law, military justice.

RÉSUMÉ

Depuis le droit romain jusqu'à nos jours, la désertion a été considérée comme l'exemple par excellence d'infraction militaire. Le présent article prétend donner une vision globale de l'évolution de cette infraction militaire tout au long du constitutionalisme du XIX^{ème} siècle et de sa consolidation dans notre système legal, déjà dans le siècle XX, aussi bien dans le Code de Justice Militaire de 1945 comme par le Code Pénal Militaire, approuvé par Loi Organique 13/1985, ainsi que les perspectives de permanence dans notre système conformément aux nouveaux défis de la Défense Nationale et à son incidence dans le droit pénal militaire.

MOTS CLÉ : Désertion, abandon de destin, droit pénal militaire, justice militaire.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Desertieren wurde seit dem Römischen Recht bis in die Gegenwart als ein hervorstechendes Beispiel eines Militärdeliktes angesehen. Der Beitrag möchte einen Überblick über die Entwicklung dieses militärtypischen Delikts im Verfassungsgefüge des 19. Jahrhunderts bis zu seiner Konsolidierung in unserer Rechtsordnung bereits im 20. Jahrhundert geben, sei es im Gesetzbuch über die Militärgerichtsbarkeit von 1945 oder im Militärstrafgesetzbuch, das durch das Gesetz 13/1985 in Kraft gesetzt wurde, sowie zum anderen hinsichtlich der Perspektiven des Verbleibs in unserer Rechtsordnung im Kontext der neuen Herausforderungen der nationalen Verteidigung und der Auswirkung auf das Militärstrafrecht.

SCHLÜSSELWÖRTER: Desertieren, Aufgabe des Ziels, Militärstrafrecht, Militärgerichtsbarkeit.

SUMARIO: 1. Introducción. El origen histórico del delito de deserción. 2. La Codificación penal de finales del siglo XIX: El Código Penal Militar del Ejército de 1884, El Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 y el Código de Justicia Militar de 1890. 2.1. Aproximación histórica a este periodo codificador. Líneas Generales. 2.2. Antecedentes históricos legislativos del Código Penal Militar de 1884. 2.2.1. Proyecto Llorente (1850). 2.2.2. Proyecto Feliú de la Peña (1850). 2.2.3. Proyecto Schar (1867). 2.2.4. Trabajos de Nuñez de Arenas. 2.3. Código Penal Militar del Ejército de 1884. Análisis de los delitos de abandono de destino o residencia y deserción. 2.4. Código Penal de la Marina de Guerra de 1888. 2.5. Código de Justicia Militar de 1890. 2.5.1. Abandono de destino o residencia. 2.5.2. Deserción. 3. Tránsito hasta el Código de Justicia Militar de 1945. 4. El Código de Justicia Militar de 1945. I. Modalidades Propias. II. Modalidad impropia. III. Modalidades especiales. 5. La constitucionalización del Derecho penal militar. 5.1. Proyecto de Ley del Código Penal Militar, de 12 de noviembre de 1984. 5.2. Código Penal Militar de 1985. 5.3. Modificaciones sustantivas y breve referencia al panorama legislativo actual. 5.4. Breve apunte de la configuración actual. 6. Conclusiones: ¿Hacia

dónde puede conducir la evolución del Derecho penal militar?. 6.1. El concepto de militar profesional. 6.2. El régimen jurídico del cómputo de plazos.

1. Introducción. El origen histórico del delito de deserción¹

El presente estudio tiene como humilde y modesto objetivo único el análisis de la evolución histórica de los delitos contra el deber de presencia teniendo como punto de partida el constitucionalismo decimonónico y como punto de llegada la situación actual, caracterizada por el pórtico constitucional de la jurisdicción castrense y del Código Penal Militar (en adelante CPM).² Me refiero, en general, a los delitos contra el deber de presencia, porque el trabajo queda circunscrito a los delitos de abandono de destino y/o residencia y al delito de deserción, de gran tradición en nuestro acervo jurídico, dejando de lado otros delitos de la misma clase y que se corresponderían con los encuadrados en los quebrantamientos especiales del deber de presencia, previstos en el artículo 123 del CPM.

Sin duda alguna, desde la militarización del Cuerpo Jurídico Militar se inició en España el pensamiento jurídico-militar “digno de estudio”³, cuyas aportaciones adquirieron esencial trascendencia en el periodo codificador y, más en concreto, en sus tres fases o etapas consolidadas. La primera fase se inició con los antecedentes y estudios preliminares al Código Penal Militar del Ejército de 1884 y el de la Marina de Guerra de 1888, se desarrolló con la entrada en vigor y publicación de los mismos y finalizó con el Código de Justicia Militar de 1890. La segunda fase se caracterizó por el protagonismo en exclusiva del Código de Justicia Militar de 1945. Por último, la tercera fase, con el marco del proceso de constitucionalización de las

¹ Como abreviaturas utilizadas en el presente trabajo se indican las siguientes: REDM (Revista Española de Derecho Militar) RDP (Revista de Derecho Público) RDP (Revista de Derecho Público), sin perjuicio de las que ya se consignan expresamente a lo largo del estudio.

² Si la bibliografía existente en relación con el Derecho Penal Militar es ya de por sí escasa, más aún en relación con la evolución histórica del mismo. Con excepción de los artículos doctrinales en publicaciones especializadas en materia de Historia Militar, estos contados manuales apenas hacen someras referencias al desarrollo histórico de las instituciones penales propias del ámbito castrense. A pesar de esta limitación, los referidos manuales son, en esencia, los siguientes: BLECUA FRAGA Y RODRIGUEZ VILLASANTE, *Comentarios al Código Penal Militar*, CIVITAS, 1ª edición, 1988; RODRIGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, *El Código Penal Militar*, en Revista General del Derecho, número 499, Valencia, 1986; DIAZ-LLANOS LECUONA, *Leyes Penales Militares*, Editorial Compañía Bibliográfica Española, Madrid, 1968; HIGUERA GUIMERÁ, *Curso de Derecho Penal Militar Español*, Editorial Bosch, Barcelona, 1990; JIMENEZ Y JIMENEZ, *Introducción al Derecho Penal Militar*, Editorial CIVITAS, 1ª edición, 1987; QUEROL Y DURAN, *Principios de Derecho Militar Español*, Tomo I, Editorial Naval, Madrid, 1948.

³ GONZÁLEZ DELEITO Y DOMINGO, *La evolución histórica de la Jurisdicción Militar*, REDM, núm. 38.

Fuerzas Armadas, se inició, propiamente dicho, por el Código Penal Militar de 1985 y se desarrolló con la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar de 15 de julio de 1987 y con la Ley Orgánica Procesal Militar, de 13 de abril de 1989. Esta fase se ha visto salpicada por numerosas reformas legislativas de frontal o tangencial influencia en el régimen penal militar y, tal es así, que aún hoy estamos inmersos en esta tercera etapa codificadora.

Conviene recordar, en lo que respecta al origen histórico del delito de deserción, que su punto de arranque se halla en el Derecho Romano, sin perjuicio de aportaciones históricas anteriores, fundamentalmente las de los fenicios, los cartagineses y los propios griegos.⁴

Dicho ordenamiento jurídico nos legó el verbo “*deserere*”, entendido como dejar, desamparar o abandonar; el sustantivo “*desertio*”, como acción de abandonar o desamparar y, por último, el también sustantivo “*desertor*”, como el sujeto activo de la misma.⁵

Para entender el delito de deserción en el Derecho Romano se debe partir de la propia evolución que sufre el Ejército en Roma a lo largo de sus diversas etapas. Así, en el periodo republicano, el ejército se organizó con la base de una milicia ciudadana, a la que se accedía a través de un sistema de reclutamiento forzoso entre los ciudadanos de pleno derecho (*cives*). Fue con la reforma del Emperador Mario, en el año 107 a.c., cuando estos primeros soldados –que en su mayoría eran propietarios de terrenos rurales– pasaron a engrosar las filas de una milicia profesional, mientras que paralelamente se iba creando otro grupo militar formado por los socios itálicos y todos aquellos soldados que eran reclutados en las provincias romanas, los cuales cumplían un verdadero servicio militar.

A partir de la reforma del Augusto se organizó el ejército con una base fundamentalmente profesionales a través de las legiones romanas y los cuerpos auxiliares⁶, que procedían de las provincias imperiales. Por último, con las modificaciones

⁴ Según GARCIA GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1964, pp. 492 y 493, tanto los fenicios como los cartagineses poseían una especie de magistraturas denominadas “*suffettes*” o “*suffettos*” con amplias atribuciones tanto de carácter judicial como de carácter político y de organización, que ejercían el poder punitivo respecto a los miembros del Ejército que abandonaban a su Jefe, ya que aquellos debían a éste obediencia ciega. Por su parte, GONZALEZ- DELEITO Y DOMINGO, en *La Evolución Histórica...*, p. 15, citando la tesis doctoral, leída en 1878, por PEREZ GARCIA, *Organización judicial de Atenas: los diotetes, los heliastas, el aerópago, los efetas. Comparación y juicio crítico del procedimiento egipcio y ateniense*, Madrid, 1878, p. 30, reconoce en lo que atañe a los griegos que, por un lado nos encontramos con los “arcontes” como depositarios del poder judicial y, por otro, con los “estrategas”, quienes llevaban a cabo la instrucción de las causas estrictamente militares, entre las que se encontraban la propia deserción así como el abandono de la escuadra naval por sus mismos tripulantes.

⁵ RUBIO TARDIO, *La deserción*, en REDM, número 19, enero-junio, 1965, p. 10.

⁶ La pertenencia a esta clase de tropas supuso un procedimiento eficaz de promoción social y jurídica, ya que se les solía conceder la ciudadanía romana en virtud de los servicios que prestaban. Su número

de los emperadores Diocleciano y Constantino, la fuerza pasó a estructurarse, por un lado, en milicias fronterizas (*limitanei*) y las tropas auxiliares (*comitatenses*).⁷

Cabe apuntarse en este punto la diferencia sustancial en el Derecho Romano entre el concepto de *delicta* y de *crimina*. El primero de ellos era el utilizado para designar los hechos ilícitos que implicaban una ofensa o agresión única y exclusivamente para la familia del perjudicado, por lo que las acciones a ejercitar sólo eran de carácter privado y orientadas, básicamente, a una condena de tinte pecuniario, estaban encuadrados dentro del *ius civile* y llevaban acarreada una pena pública. El segundo, por su parte, hacía referencia a aquellos tipos penales que representaban un verdadero atentado contra la comunidad política, contra la colectividad o el orden público, de tal modo que las acciones eran de cariz público y podían ser ejercitadas por cualquier ciudadano romano. Obviamente, la desertión quedaba catalogada dentro del segundo grupo, siendo merecedor el reo de la misma de una pena pública.⁸

En el periodo republicano, la persecución del delito contra el Estado (*perduellio*) se encomendaba a los *duoviri perduellionis*, quienes castigaban con la pena de muerte por crucifixión a quienes cometían el delito de desertión, entrega al enemigo de una plaza o campamento romano o prestaban auxilio al enemigo. Durante la época del principado, la definición legal de la desertión no varió respecto a la época precedente, advirtiéndose únicamente distinciones en relación con el procedimiento penal a través del cual se exigía responsabilidad penal al desertor.⁹

La evolución continuó hasta la codificación del emperador Justiniano, y más concretamente con el Digesto¹⁰, en cuyo libro XLIX, título XVI, bajo la rúbrica “De

e importancia disminuyó al tiempo que se fueron consolidando los ejércitos provinciales. Véase, GARCIA Y BELLIDO, *Alas y cohortes en el ejército imperial auxiliar romano de la época imperial*, en Revista de Historia Militar, número 1, 1957, pp. 23 a 49 y ROLDAN, *La organización militar de la Hispania romana*, en el vol. II. 2, de la Historia de España de MENÉNDEZ PIDAL, pp. 133 a 157.

⁷ ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1990, pp. 167 a 169.

⁸ TORRENT, A., en *Conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico romano*, Salamanca, 1973, pp. 102 a 112, precisa los tres sentidos que la doctrina ha dado al concepto de *ius publicum*: como el derecho que hace relación a la organización del Estado de Roma, como sistema normativo de origen estatal y como derecho inderogables por la normas privadas.

⁹ Una vez superada la iudicia populi, procedimiento penal de carácter inquisitivo ejercido directamente por el pueblo con la participación de un magistrado, poco después de la finalización de la segunda guerra púnica, en la época republicana se instauró el sistema de la *questiones extraordinariae*, es decir tribunales no permanentes para la reprensión de delitos determinados, como la desertión. Poco a poco y ya en la época del Principado, el sistema de las cuestiones fue perdiendo importancia a favor de la llamada *cognitio extra ordinem*, procedimiento que seguía en toda su extensión delante del emperador o del funcionario habilitado al efecto. Fue en esta época cuando la desertión pasa a estar recogida en la Ley por la *lex iulia iudiciorum publicorum*. Véase RASCÓN GARCÍA, *Manual de Derecho Romano*, Tecnos, Madrid, 1992.

¹⁰ Simplemente cabe reseñar como a la mayoría de la doctrina científica ha sorprendido el breve espacio de tiempo en el que fue redactada tan extensa obra, compuesta por cincuenta libros, siendo la mas esclarecedoras de las teorías la de BLUHME, según el cual se habrían conformado tres masas o sec-

Re militari”, se nos define el desertor como “*qui per prolixum tempus vagatus, reducitur*”, es decir aquel que anda errante por largo tiempo y es reducido.¹¹ Modestino, redactor de este concepto, quiso condicionarlo a dos aspectos: que la ausencia fuera larga y que el militar fuera reducido, que volviera a filas a raíz de su detención. Esta primera idea encierra acomodo a lo largo de la evolución de la normativa penal castrense en España, ya que el dolo específico que se revela en esta definición ha perdurado hasta hoy. El extenso lapso de tiempo que transcurre y el hecho de que si no es detenido el desertor no se hubiera reincorporado en su unidad de destino, queda engarzado con el “ánimo de sustraerse permanentemente al servicio”, aspecto subjetivo que se incluye en el actual ilícito de deserción del artículo 120 del CPM.

Pero el Digesto no sólo contempló la figura del desertor sino también la del “*emansor*”, como aquel “*qui divagatus ad castra regreditur*”, es decir aquel que esta ausente y errante por algunos días, por poco tiempo, para después regresar al campamento. Igualmente esta figura también tiene su parangón en nuestro actual derecho, ya que encajaría perfectamente en el abandono de destino o residencia del artículo 119, donde el periodo de tiempo es menor, apenas tres días, y el delito queda cerrado en cuanto a su consumación cuando el militar se reintegra al servicio en su acuartelamiento.

En conclusión y como primera aportación, la deserción en el ordenamiento no romano no distaba mucho de la concepción actualmente manejada en nuestras leyes penales. Por un lado, tenemos la deserción en cuanto abandono de las banderas implicando un incumplimiento de los deberes militares que eran propio del *militiae* como sujeto activo del delito, el cual se cometía con la concurrencia de un dolo específico cual era la intención de no volver a reintegrarse al servicio que había abandonado. Por otro, el abandono temporal con las mismas exigencias básicas en cuanto al tipo delictivo de la deserción pero con un elemento esencialmente diferenciador: la voluntad de reincorporarse. El primero de los supuestos encontraría su parecido con el artículo 120 del CPM, el segundo lo haría con el artículo 119. Así, una vez fijado el concepto histórico de ambos delitos en el ordenamiento romano, comenzaré analizar el alcance y desarrollo de los mismos desde el constitucionalismo del siglo XIX.

2. La Codificación penal de finales del siglo XIX: El Código penal militar del Ejército de 1884, El Código penal de la Marina de guerra de 1888 y el Código de Justicia Militar de 1890¹²

ciones: una parte integrada por las obras de Sabino y sus comentaristas (parte sabiniana), otra formada por los comentaristas al edicto (parte edictal) y la última, formada por las obras de Papiniano (parte papiniana). Véase ARIAS RAMOS, *Compendio de Derecho Publico Romano e Historia de las fuentes*, editorial Clares, Valladolid, 1973, p. 155 a 157.

¹¹ RUBIO TARDIO, *La deserción*, p. 11, invoca erróneamente el libro del Digesto al indicar que” en su libro LXIX, título XVI” en vez del libro XLIX.

¹² La edición utilizada del Código Penal Militar de 1884 no es otra que la incluida en la Colección Legislativa del Ejército, año 1884, Madrid, Imprenta y Litografía del Depósito de la Guerra, pp. 629 a 680 y por parte del Código de Justicia Militar de 1890 la edición manejada a estos efectos es la conte-

2.1. Aproximación histórica a este periodo codificador. Líneas Generales¹³

Una vez que se lleva a cabo la restauración borbónica¹⁴ en la persona del Rey Alfonso en 1874, comenzará una extensa labor legislativa reformista que afectará frontalmente a las estructuras castrenses.¹⁵ Desde la perspectiva de la jurisdicción militar, la primera de dichas reformas vendrá dada por el Real Decreto de 19 de julio de 1875, en virtud del cual se extendía la competencia de los Consejos de Guerra al conocimiento, enjuiciamiento y fallo de absolutamente todas las causas, aunque se correspondieran con delitos comunes.

Este nuevo periodo en nuestra historia implicará un fuerte y decidido impulso a favor de la jurisdicción militar al mismo tiempo que, curiosamente, el legislador hacía denostados esfuerzos por restringir el fuero militar, excesivamente amplio y extenso que había predominado en los años previos, a raíz del Decreto de 6 de diciembre de 1868, de Unificación de fueros.¹⁶

nida en la Colección Legislativa del Ejército, Madrid, año 1890, Imprenta y litografía del Deposito de la Guerra, pp. 766 a 295. En el mismo volumen, pp. 925 a 928, se incluye la Real Orden de 10 de octubre de 1890 por la cual se fija el régimen jurídico de tránsito de una legislación a otra, a lo largo de cuatro artículos donde se marcan los supuestos en los que los procedimientos continuarán bajo la regulación previa, cuál será la situación de los declarados rebeldes y no hallan sido habidos, la situación de las consultas de sobreseimiento e inhibición y la revisión de oficio de los órganos jurisdiccionales para las causas pendientes.

¹³ En relación con la evolución de las Fuerzas Armadas desde la Constitución Española de 1812 hasta 1823, destaca en la doctrina española la obra de CASADO BURBANO, *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982. En relación con la situación del Ejército a lo largo del Siglo XIX, FERNÁNDEZ BASTARRECHE, *El ejército español en el siglo XIX*, Madrid, 1978.

¹⁴ Cabe recordar en este punto como el advenimiento de la dinastía borbónica implicó en su día la adopción de numerosas reformas en el ámbito de la estructura y organización de los Ejércitos. Se transforman los antiguos Tercios en compañías, se crea la Secretaría de Guerra, se divide el Arma de Caballería en dragones y carabineros, se crea el Arma de Ingenieros y la de Artillería,... Así, BUSQUETS, en *El militar de carrera en España*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, p.19, considera que la adopción del modelo francés de carrera militar tiene su entrada y consolidación en España con la llegada de la dinastía borbónica y en concreto durante el reinado de Felipe V. Respecto a la evolución del panorama legislativo atinente al régimen del personal militar puede consultarse CORTES BURETA, *Los antecedentes legislativos de la Ley 17/1989*, en la obra colectiva “La función militar en el actual ordenamiento constitucional español”, Editorial Trotta, Academia General Militar, Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales “Lucas Mallada”, Madrid 1995. Respecto al panorama de la jurisdicción militar durante el reinado de los Austrias, MONTSERRAT ALSINA, *El Ejército real y la jurisdicción de guerra: estado de la Justicia militar en España durante el reinado de la Casa de Austria*, en REDM, núm. 21, 1966, pp. 30 y 31.

¹⁵ Merece ser destacado que por Decreto de 9 de abril de 1874 se militarizó el Cuerpo Jurídico Militar, que hasta entonces tenía un carácter estrictamente civil, pasando los Letrados colaboradores de los Ejércitos, los Auditores y los Fiscales a tener una consideración y rango militar con el inherente derecho a llevar uniforme.

¹⁶ HIGUERA GUIMERA, *Curso...*, p. 93. Este Decreto Ley, promulgado por el General Prim establecía en su artículo 1 cuáles eran los supuestos en que los militares y marino quedaban sometidos a la

Además durante el periodo restaurador las Ordenanzas militares experimentaron una nada desdeñable modificación y transformación, en primer lugar, en tanto que se abandonó la idea de someterlas a una reforma global y, en segundo lugar, porque se optó por aprobar instrumentos normativos autónomos de diverso rango que reemplazara a las originales. Así, se aprueban en este periodo la Ley Constitutiva del Ejército de 1878 y la Adicional de 1889, el Reglamento de Servicio de Campaña de 1882 o el Reglamento para el Detall y Régimen Interior de los Cuerpos de 1896.¹⁷

La Ley de Bases de 15 de junio de 1882 autorizó al Gobierno de la nación la creación de una Comisión que redactase el proyecto de las leyes de organización, atribuciones y procedimientos, así como los respectivos Códigos Penales tanto para el Ejército como para la Armada. Dicha labor tuvo sus frutos, respecto al Ejército, con la promulgación del Código Penal para el Ejército, aprobado por Real Decreto de 17 de noviembre de 1884; la Ley de Organización de los Tribunales de Guerra y sus atribuciones, de 10 de marzo de 1884 y, finalmente, la Ley de enjuiciamiento militar, de 29 de septiembre de 1886. En lo que atañe a la Marina de Guerra, su Código Penal, vino aprobado por Real Decreto de 19 de agosto de 1888, mientras que las leyes de procedimiento y organización de los Tribunales de Marina fueron aprobadas el 10 de noviembre de 1894.¹⁸

Por un lado, en lo que atañe al Código Penal Militar de 1884, fue probablemente uno de los instrumentos normativos militares técnicamente más perfecto, si bien le fue achacado un excesivo predominio doctrinal, técnico y científico sobre los aspectos más pragmáticos y ordinarios.¹⁹ En él se tipificaba el delito de desertión de soldado u oficial, dentro del libro II del Código, el cual se dividía en dos secciones, siendo la primera de ellas la que encuadraba los delitos estrictamente militares.

Aún así, a este instrumento normativo se le tachó de “poco militar”²⁰ en tanto que se alejaba de la tradición castrense reflejada en las Ordenanzas.²¹ Este distanciamiento del elemento sociológico de aplicación de la norma hizo que este Código se

jurisdicción ordinaria. Eran los casos de rebelión, sedición, atentado o desacato a la autoridad civil, tumulto, desórdenes públicos, ... en cualquiera de los casos, tanto el abandono de destino o residencia como la desertión quedaban excluidos de estos supuestos, manteniendo la jurisdicción castrense la competencia sobre los mismos.

¹⁷ MILLAN GARRIDO, *Prólogo*, Ordenanzas Militares, Editorial Trivium, S.A., Madrid 1993, p. 11, donde cita a SALAS LARRAZABAL, *Las Reales Ordenanzas*, en “Las Fuerzas Armadas Españolas. Historia institucional y social”, dir. Por M. HERNÁNDEZ SÁNCHEZ-BARBA y M. ALONSO BAQUER, Editorial Alhambra-Sauri de Edic., Madrid- Bilbao, 1986, pp. 113 y 114.

¹⁸ JOSE MARÍA DE ANTEQUERA, *La Codificación moderna en España*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1886, pp. 212 y ss., disponible en edición digital en <http://fama2.us.es/fde/codificacion-Moderna.pdf>.

¹⁹ JIMENEZ Y JIMENEZ, *Introducción...*, p. 190.

²⁰ ALARCÓN ROLDÁN, *Código de Justicia Militar vigente*, Instituto editorial Reus, Madrid, 1940, pp. 7 y 8.

²¹ POU RIVAS, *Código de Justicia Militar*, Madrid, Reus, 1927, p. 4.

ganara la consideración de “paisano con forro de cuartel”, ya que lejos de centrarse en el ámbito castrense, se había intentado adecuar en demasía a las corrientes penales vigentes en ese momento.²²

Por otro lado, en lo que afecta al Código de Marina de 1888, éste se mantuvo vigente hasta la promulgación del CJM de 1945 y en su redacción fue utilizado como modelo tanto el Código Penal Militar del Ejército de 1884 como el Código Penal común de 1884.

Con posterioridad, los tres cuerpos legales del Ejército fueron refundidos, no así los de Armada, por la Ley de 25 de junio de 1890 y su consagración definitiva vio por el Real Decreto de 27 de septiembre del mismo año, por el que se aprobó el Código de Justicia Militar de 1890 (en adelante CJM), cuya característica principal es la ampliación competencial que implica para la jurisdicción castrense que será atribuida bajo tres prismas –los cuales se mantendrán en el próximo Código de Justicia Militar de 1945–: por razón del delito, por razón de la persona y por razón del lugar.²³ La competencia se extendió más aún con la Ley de Jurisdicciones de 23 de marzo de 1906, la cual tuvo su razón de ser en el famoso incidente en un periódico catalanista de poca monta llamado “Cucut”, donde apareció publicada una caricatura atentatoria con la dignidad de los Ejércitos, provocando la destrucción del rotativo por parte de un nutrido grupo de oficiales, de tal modo que lejos de cualquier consecuencia disciplinaria, provocó la promulgación de la citada ley.²⁴

2.2. Antecedentes históricos legislativos del Código Penal Militar de 1884²⁵

Antes de llegar al estudio del Proyecto Sichar, verdadera fuente del Código Penal Militar de 1884, hubo otra serie de estudios jurídicos en los que se pretendió la simplificación del enrevesado panorama legislativo, en lo militar, que caracterizó la pri-

²² DE QUEROL DURAN, *Principios* ... , p. 42.

²³ DE QUEROL Y DURAN, *Principios*... , p. 43, donde el autor opina que esta refundición fue precipitada y poco madura, ya que se apartó considerablemente de nuestra tradición penal militar para acercarse en demasía a las modernas corrientes del momento. Según sus palabras “el hecho es que los redactores de tales leyes olvidaron demasiado de que en un moderado rigor en las penas y en una escrupulosa exigencia de los más nimios deberes es, precisamente, donde radica la justificación de que exista un Derecho especial castrense, distinto del penal ordinario, que se aplica al común de los ciudadanos en circunstancias normales”. La propia Exposición de Motivos de la Ley reconocía la necesidad de la reforma legal: “reconocida, desde largo tiempo, la necesidad de reformar la tradicional legislación de Guerra en materias de justicia...” .

²⁴ GONZALEZ-DELEITO Y DOMINGO, *La evolución histórica*..., p. 61, donde expone cómo queda la organización de la justicia penal militar tras la publicación de tantos instrumentos legales. Respecto al incidente del “Cucut”, véase MADARIAGA, S. *España. Ensayo de Historia Contemporánea*, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1978, p. 138.

²⁵ MUGA LOPEZ, *Antecedentes del Código Penal Militar de 1884 (Notas para la Historia de la codificación del Derecho Penal Militar)*, en REDM, número 2, Madrid, julio-diciembre, 1956, pp. 21 a 58.

mera mitad del siglo XIX. No dejaron de ser esfuerzos de gran contenido intelectual llevados a cabo por particulares, mas o menos relacionados con el Derecho Militar, con un claro trasfondo de la legislación penal vigente tanto en España como en países de nuestro entorno, sin responder a ningún encargo de ninguna institución castrense, pero que, en definitiva, supusieron un certero basamento sobre el que se construyó la labor codificadora del Derecho Penal Militar.²⁶

2.2.1. Proyecto Llorente (1850)

El primero de los trabajos de vocación reformadora fue el proyecto de D. Manuel Llorente, en el año 1850²⁷. Claramente influenciado por el Código Penal de 1848, minucioso, pormenorizado y seguidor de la doctrina científica vigente. Fue un claro intento por cohesionar los principios inspiradores de la legislación penal común con la norma militar, basándose en criterios esencialmente liberales en lo tocante al *ius puniendi* del Estado, tales como la reducción de supuestos de aplicación de la pena capital, la sustitución de la pena de presidio por la de recargo en el servicio por motivos de utilidad social, la consagración de la pérdida de empleo como accesoria de las penas aflictivas impuestas a oficiales o, entre otras, la supresión de los castigos corporales.²⁸

Con una estructura y sistemática ciertamente peculiar, en el Capítulo tercero incluyó la regulación de los delitos contra la disciplina, donde incluía el de desertión. A pesar de su redacción compleja y minuciosa, las principales novedades que se presentan en este proyecto son, entre otras, el reconocimiento de una causa de justificación en el desertor cuando éste cometía el delito porque se le había “*faltado al pan y al vestuario*”, siendo entonces castigado por falta gubernativa y no por conducta delictiva, la penalidad expresa de la tentativa de delito o la asimilación a la desertión del quebrantamiento de prisión.²⁹

2.2.2. Proyecto Feliú de la Peña (1850)

Desde la perspectiva del delito de desertión, este trabajo preparatorio no conlleva ninguna aportación importante, merecedora de mención, ya que verdaderamente la obra no deja de ser una mezcla de disposiciones de tinte penal, con otras de carácter jurisdiccional, incluso con normas organizativas. Pero de cualquiera de las mane-

²⁶ JIMENEZ Y JIMENEZ, *Introducción...*, p. 189, donde cita las obras de compilación y ordenación elaboradas por AVECILLA, VALLECILLO, BACARDÍ, SICHAR o GARCÍA GOÑI.

²⁷ LLORENTE, M., *Código Penal Militar*, mayo de 1850. Biblioteca del Ateneo de Madrid.

²⁸ MUGA LOPEZ, *Antecedentes...*, pp. 23 y 24, citando al propio LLORENTE, indica que convenía suprimir la “sencilla costumbre de llevar el cabo una vara”.

²⁹ MUGA LOPEZ, *Antecedentes...*, p. 25.

ras, el verdadero talante de la obra no fue otro que denunciar la verdadera situación de la justicia militar, excesivamente anclada en el pasado, arbitraria y dispersa por acción de las distintas reglamentaciones para cada arma, siendo necesario, en su opinión, la existencia de una ley marco, vinculante e inspiradora de las reglamentaciones parciales.³⁰

2.2.3. Trabajos de Núñez de Arenas

No fue verdaderamente un Proyecto de Código Penal Militar, pero si que constituyó en su día una avanzadilla a favor de la restricción del fuero militar única y exclusivamente en aquellos delitos militares cometidos por militares, dejando al margen de los órganos jurisdiccionales castrenses las materias de tinte civil, con la excepción del tiempo de guerra³¹. En el ámbito de los delitos objeto de estudio, en sus trabajos sólo se halla una referencia a la desertión, en el sentido de considerar que debe excluirse de la tipificación penal la inducción y auxilio a la misma.³²

2.2.4. Proyecto Sichar (1867)

Sin duda alguna, el verdadero antecedente directo del Código Penal Militar de 1884 fue el Proyecto de D. Miguel de Sichar y Salas, Comandante de Artillería, quien redactó y publicó su estudio acerca de la situación que en aquél entonces caracterizaba al ordenamiento penal militar, siendo la base sobre la que se redactaron los informes previos de las Juntas de Ordenanzas, de los Fiscales del Consejo Supremo de Guerra y Marina, de las Comisiones del Senado y de las Cortes e, incluso, del propio Proyecto de Ley del Ministro de Ejército.³³

³⁰ FELIU DE LA PEÑA, *Fundamentos de un Nuevo Código Militar*, Barcelona, Imprenta de D. Juan de Oliveres, 1850. La obra está dividida en dos partes. La primera, que se divide en secciones donde se ocupa del Fuero, los Tribunales Militares, sus procedimientos, la distinción entre delitos comunes y militares, las faltas, la jurisprudencia excepcional de un Ejército en campaña, el fuero castrense, los casamientos, testamentarias e inventarios. La segunda parte se ocupa solamente de la organización militar. En resumen, las materias manejadas en este trabajo eran excesivamente heterogéneas, dispares y no siempre relacionadas con el derecho penal militar, llegando incluso estar anexo al trabajo un Proyecto de Ley Orgánica del Cuerpo de Magistratura Militar. Véase MUGA LOPEZ, *Antecedentes...*, p. 29.

³¹ Este trabajo fue fuertemente criticado por el informe de D. Ramón Díaz Vela, titulado "Informe sobre el Fuero militar en lo civil", centrándose en que no se puede pedir a los militares las mismas obligaciones que a los demás ciudadanos, sosteniendo la necesidad del fuero militar por razones de disciplina, movilidad de los Ejércitos y el desempeño de sus funciones.

³² MUGA LOPEZ, *Antecedentes...*, p. 30, donde cita la Exposición de D. Isaac Núñez Arenas a la Reina el 7 de noviembre de 1855, Bases y Motivos.

³³ Según MUGA LOPEZ, *Antecedentes...* ob. cit., p. 41, D. Miguel de Sichar, en el momento de redactar su estudio, en octubre de 1867, estaba destinado como Jefe del Negociado de Justicia de la Dirección General de Artillería, ostentando el cargo de dicha Dirección General D. José Luciano Campuzano.

El proyecto finalmente redactado se basó en una serie de principios generales que se inspiraban, básicamente, en la relación de especialidad de la ley penal, por la cual, las leyes penales generales obligan a la generalidad de los ciudadanos en tanto que no sean modificadas y alteradas por otras de contenido especial, como el Código Penal Militar. Ello conlleva que la ley penal militar debe tener como objetivo último castigar y sancionar tipos delictivos no previstos en la ley común que sólo pueden ser cometidos por militares, de ahí que no sea admisible la creación de nuevas escalas de penas y, ni mucho menos, que éstas pudieran ser más benévolas que las previstas en la norma común.³⁴

A la hora de sistematizar los diversos contenidos del Proyecto, la deserción se encuadró dentro del Título II, más concretamente, en el Capítulo V, donde se regulaba dicho delito y se diferenciaban las siguientes modalidades: deserción al interior, deserción al extranjero, deserción al enemigo o en presencia del enemigo y las disposiciones comunes, donde se preceptuaba el castigo de los auxiliares, encubridores e instigadores.

2.3. Código Penal Militar del Ejército de 1884 y Código Penal de la Marina de guerra de 1888. Análisis de los delitos de abandono de destino o residencia y deserción

Una de las características más importante que se puede predicar del Código Penal del Ejército de 1884 es que aparece por primera vez en nuestra historia el *nomen iuris* de “deserción del oficial”. Este tipo delictivo, sistemáticamente encuadrado dentro del Título IV bajo la rúbrica de “Delitos contra los deberes del servicio militar”, venía recogido en los artículos 152 a 157, distinguiendo dos modalidades de abandono. El primero, lo cometía el “*oficial que desertare, abandonando su destino o el punto de su residencia*”, donde los plazos de consumación iban a variar según se cometiese el delito al frente del enemigo o de rebeldes o sediciosos, en operaciones de campaña, en tiempo de guerra o en tiempo de paz.³⁵

Así, el artículo 152 contemplaba los siguientes supuestos con diferentes plazos de consumación, tal y como lo recogía el artículo 153:

³⁴ El proyecto se vio fuertemente influenciado tanto por el Código Penal vigente en aquel entonces como por el Código de Justicia Militar Francés. Respecto al primero, el Código Penal de 1848 y su insatisfactoria reforma de 1850, es clara la vinculación con el proyecto referido en lo que atañe al principio de legalidad de delitos y penas (artículos 1 y 19) y el carácter esencialmente retributivo de las penas, sin apenas hueco para la idea correccionalista. Véase, en este sentido, ARROYO DE LAS HERAS, *Manual de Derecho Penal*, Editotial Aranzadi, Pamplona, 1986, pp. 68 y 69.

³⁵ La propia Exposición de Motivos se hace eco de la introducción de la deserción del oficial “llenando con esto un vacío que se notaba en nuestras leyes militares, atendiendo a que por lo mismo que el servicio constituye para él una carrera que es dueño de aceptar o no, parece más responsable que el soldado, si la abandona sin estar desligado de sus compromisos de honor.”

Si la desertión se verificaba al frente del enemigo o de rebeldes o sediciosos la pena que conllevaba era la de reclusión militar temporal a perpetua, entendiéndose consumado una vez transcurridas veinticuatro horas de la ausencia.

Si la desertión tenía lugar en operaciones de campaña y fuera de los casos ya reseñados, la pena sería de prisión militar, siempre y cuando hubiera transcurrido dos días de la ausencia.

Si el delito era cometido en tiempo de guerra, se castigaba con la pena de pérdida de empleo “*cualquiera que sea la situación en que se encuentre*”, manteniéndose el mismo plazo de dos días del supuesto anterior.

Por último, en tiempo de paz, la desertión del Oficial se penaba con tres años de prisión militar correccional, exigiéndose el transcurso de un total de cuatro días para entender consumado el delito.

La segunda de las modalidades sería cometida por el oficial que “*sin causa justificada, dejare de incorporarse a su destino, o no se presentare en el lugar en que tenía fijada su residencia*”. Aquí el plazo consumativo era de quince días para tiempo de paz y ocho días en los casos en los que el delito se perfeccionase en operaciones de campaña o en tiempo de guerra. Mientras que en tiempo de paz, la pena a imponer era de la arresto militar o de la suspensión de empleo, en los otros dos casos, la pena era la de prisión militar mayor o la pérdida de empleo, en el caso de operaciones de campaña, y la de prisión militar correccional, para tiempo de guerra, en virtud de lo dispuesto por los artículos 154 y 155.³⁶

Se completaba la regulación de la desertión del Oficial con los artículos 156 y 157. El primero disponía que en los casos recogidos en el número 4º del artículo 152, abandono propio en tiempo de paz, y en los de los números 2º y 3º del artículo

³⁶ GARCIA LABAJO, *Comentarios...*, p. 1.472. La regulación en el Código Penal de Armada en los artículos 165 a 170 era análoga a la expuesta sin perjuicio de mantener una diferencia clave cual era que, sistemáticamente, el abandono de destino o residencia estaba incluido dentro de los delitos de “abandono de servicio”, mientras que la desertión tenía su propio capítulo. Además, los plazos de consumación eran distintos, si bien más benévolos. Para el primer supuesto, era de 72 horas, frente a los cuatro días en el Código del Ejército; en el segundo, ocho días, frente a los quince que marcaba el Código de 1884. En sentido estricto, el delito de desertión del oficial no vino recogido en el Código Penal de Marina, tal y como lo reconoce RUBIO TARDIO, *La desertión...*, p. 15. Pero del mismo modo, es correcta la afirmación de HERNANDEZ SUAREZ- LLANOS, *Estudio Criminológico...*, p. 118, al decir que fue el Código de Marina el primero que distinguió el abandono de destino o residencia, como delito militar propio que sólo podían cometer los oficiales y suboficiales, del delito de desertión, que únicamente podía ser cometido por los miembros de tropa y marinería. El distinto tratamiento criminológico “radicaba en el sujeto activo y no en el bien jurídico”. En definitiva, estamos ante un mero problema terminológico, en ambos Códigos se distingue entre desertión y abandono de destino o residencia pero se les dota de un contenido diferente, motivado por el distinto ánimo para delinquir que se suponía que tenía el soldado o marinero respecto del oficial o suboficial. En este sentido, DE QUEROL Y DURAN, *Principios...*, p. 533 y MIGUEZ MACHO, *La nueva regulación...*, ob. cit., p. 151.

lo 154, abandono impropio en tiempo de guerra y de paz, el Oficial no se presentase a las autoridades militares competentes, sufrirá, como pena única, la de pérdida de empleo. Por otro lado, el artículo 157 contenía que *“el oficial reincidente en el delito de desertión, incurrirá en la pena de pérdida de empleo, a no corresponderle otro mayor por la naturaleza de la segunda desertión”*.

Desde el punto de vista del delito de desertión, esta venía regulada en los artículos 141 a 151 del citado cuerpo legal, donde, manteniéndose que el sujeto activo sólo podía ser el militar de tropa o marinería, se recogían los siguientes supuestos: Cuando faltare del lugar de su destino por más de tres días, *“que se considerarán transcurridos pasadas tres noches”*.

Cuando estando con licencia temporal o en marcha de un punto a otro no se presentare a sus Jefes en el lugar de su destino o a las Autoridades competente en su caso después de transcurridos quince días desde que deba hacer su presentación.

Cuando al recobrar su libertad como prisionero de guerra dejare de presentarse a las Autoridades competentes en el propio plazo de quince días hallándose en territorio nacional. Si se hallare en país extranjero, se contará el mismo plazo para declararle desertor a los ocho días de no haber puesto los medios que tuviere a su alcance para regresar a su patria.

Cuando llamado a las armas, perteneciendo a las reservas, dejare de presentarse en el transcurso de quince días.³⁷

La penalidad de estas conductas delictivas variaba si el hecho típico se hubiese cometido en estado de guerra, en cuyo caso los plazos quedaban reducidos a dos días para el primero de los casos y a ocho para el resto, en virtud de lo que preceptuaba el artículo 142 del citado cuerpo legal.³⁸

Con esta regulación se comenzó una línea legislativa que llegaría hasta el Código de Justicia Militar de 1945 por la cual se distinguía a efectos penológicos entre la primera y la segunda desertión. La primera, obviamente, implicaba un menor reproche penal ya que exigía para su consumación un menor impulso criminal, lo que derivó en que se impusiera en tiempo de paz, la pena de recargo en el servicio duran-

³⁷ En lo que atañe al régimen de plazos de consumación de la desertión en sus diversas modalidades, el artículo 148 del Código establecía que *“las condiciones señaladas en los artículos anteriores para constituir el delito de desertión en los respectivos casos, se entenderán sin perjuicio de las alteraciones que, en uso de sus facultades, establezcan en los bandos los generales en jefe de los ejércitos en campaña”*.

³⁸ El régimen de las penas venía establecido en los artículos 22 y 23 del Código, donde se diferenciaba entre penas comunes y militares. Entre las primeras: muerte, cadena perpetua, reclusión perpetua, cadena temporal, reclusión temporal, presidio mayor, prisión mayor, presidio correccional, prisión correccional y arresto. Entre las estrictamente militares: muerte, reclusión militar perpetua, reclusión militar temporal, prisión militar mayor, prisión militar correccional, arresto militar, pérdida de empleo, separación del servicio, suspensión de empleo, destino a un cuerpo de disciplina y recargo en el servicio. El artículo 23, por su parte, regulaba las penas accesorias, a saber, degradación, deposición de empleo y pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito.

te un lapso de tiempo de dos años, mientras que si esta primera deserción se cometía en tiempo de guerra, la pena de recargo se doblaba, tal y como quedaba previsto en el artículo 143.

En cambio, se dejaba atrás la pena de recargo en el servicio y se abría la puerta a la pena privativa de libertad en el supuesto, contemplado en el artículo 144, de la segunda deserción, la cual, dependiendo de su comisión en tiempo de paz o de guerra, quedaba castigada con la pena de siete a ocho años de prisión militar mayor y de ocho a diez años, respectivamente y siempre que no presentara ningún elemento calificador agravatorio en la ejecución criminal.

Los artículos 145 a 147 regulaban los supuestos de deserción agravada y especialmente cualificada, bien por haber desertado al extranjero o la *“ejecutare escalando muralla, estacada, cualquier otra obra de fortificación, cuartel, cuerpo de guardia o violentando puertas o ventanas”*, bien por haber cometido la deserción llevándose el caballo o las armas que no constituyan parte del uniforme reglamentario que el uso el soldado fuera de los actos de servicio, o, finalmente, que se hubiese desertado al extranjero fuera de los casos comprendidos en el artículo 94. 6º.³⁹

El artículo 149 contenía una excusa absolutoria en el sentido de que la pena se veía notablemente reducida en plazo y en carácter, ya que *“el desertor de primera vez, sin circunstancias calificativas que, en tiempo de paz, se presentare voluntariamente a sus jefes o a las autoridades competentes, dentro de los ocho días siguientes al en que la deserción se considere consumada, será castigado con la pena de cuatro meses de recargo en el servicio”*.

Finalmente, se completa la regulación con dos figuras especiales como son la deserción mediando complot, del artículo 150, y la punición específica de una forma de participación concreta como es el auxilio y el encubrimiento de la deserción. A esta última le quedaba reservada una pena de prisión correccional, mientras que la primera de las figuras quedaba automáticamente transformada en delito de sedición, siempre que se diese cumplimiento a dos condicionantes: que el complot estuviese constituido, al menos, por cuatro personas y que la propia deserción cometida implicara una pena mayor en gravedad a la supuesta para la sedición.

En definitiva, el panorama normativo diseñado por el Código Penal Militar de 1884 respecto al delito de deserción se caracteriza por una notable simplificación y reducción de las estructuras típicas en relación con la legislación precedente de la que trae causa. No obstante lo anterior, no deja de ser una regulación especialmente casuística y muy centrada en determinados casos concretos, a los cuales el legislador histórico les dota de relativa importancia, como es el caso de la distinción

³⁹ El artículo 96 regulaba el delito de traición, cuyo número 6º establecía que *“será castigada con la pena de muerte, con degradación, el militar que se hallare comprendido en alguno de los casos siguientes:...6º Que estando en acción de guerra o dispuestos a entrar en ella, se fugare en dirección al enemigo, traspasando las líneas avanzadas”*.

punitiva de la primera y segunda deserción. De igual modo, la línea restrictiva también llega a los tipos cualificados, bien por razón del lugar, bien por la dinámica comisiva.⁴⁰

El sistema dispuesto era, tal y como lo reconocía la propia Exposición de Motivos, “*sencillo y razonable que, sin apartarse de los principios del Derecho, satisface las necesidades del Ejército, no siempre tenidas en cuenta por la legislación ahora vigente*”. Desde la óptica de la función sistematizadora del bien jurídico protegido en estos delitos, el encuadramiento que se hace en el título correspondiente no es otro que los “delitos contra el servicio militar”, servicio militar entendido en un sentido amplio como todas aquellas funciones inherentes al desempeño de la labor del militar, bien sea de reemplazo, bien sea como Oficial o suboficial, cualquiera que fuese la escala o cuerpo a la que perteneciese. Es ciertamente curioso como queda definido el delito de deserción en la Exposición de Motivos ya referenciada. Lo hace en los siguientes términos: “*Siendo la deserción un propósito manifiesto a veces, otras presunto, de abandonar el servicio militar.*”. En mi opinión, se pone de manifiesto la contradicción entre la deserción como propósito, es decir reducido a la mera esfera subjetiva, volitiva y cognoscitiva, del desertor sin manifestación exterior objetiva, con la cristalización del principio de legalidad penal del artículo 1 del Código al prever que “*es delito militar toda acción u omisión voluntaria pena por las leyes militares*”⁴¹. Es el enfrentamiento entre el ámbito del pensamiento y el ámbito de la actuación. No es que la deserción fuera el propósito de abandonar el servicio, sino que la deserción típica era el efectivo abandono del servicio militar en sus distintas modalidades, ya que, obviamente, este tipo permanente y de duración es totalmente incompatible con la comisión imprudente.

Por parte del sujeto activo de estos delitos, en la deserción la autoría de la misma quedará reservada al “*individuo de las clases de tropa*”, mientras que en la deserción del oficial, cabalmente, sólo podrá ser cometida por un Oficial, de lo que se podría deducir la existencia de una vía de escape en lo que afectaba al suboficial de los Ejércitos. De cualquier modo, el artículo 49 del Código aclaraba esta diatriba, si bien parcialmente, ya que según este precepto las penas dispuestas para cada uno de los delitos eran de aplicación tanto para oficiales del Ejército como para los individuos de la clase de tropa, pero, con carácter interpretativo, continuaba la redacción legal disponiendo que “*bajo la denominación de oficial, se entenderán comprendidos desde el alférez, al capitán general de ejército inclusive, y sus asimilados. Bajo la de individuo de las clases de tropa desde soldado a sargento primero inclusive,*

⁴⁰ GARCIA LABAJO, *Comentarios...*, p. 1.506, donde reseña que la aparición de estos preceptos fue algo “*harto celebrado, en este punto, por la unificación normativa y la considerable dosis de síntesis y de racionalidad que introdujo dicha regulación con respecto al estado de la legislación anterior*”.

⁴¹ De igual modo a lo dispuesto en el artículo segundo a cuyo tenor establecía que “*las acciones u omisiones penadas por las leyes militares se reputan voluntarias, a no ser que conste lo contrario*”.

comprendidos los alumnos de las academias militares siempre que no tengan la graduación de oficial o las que en substitución puedan crearse”.

La acción típica no ofrece duda alguna en tanto que se afianzan las dos modalidades de actuación que persisten hasta hoy día, el abandono propio, positivo y de acción —el abandonar— y el abandono impropio, negativo y omisivo —el no presentarse—. En cambio sí que puede hacerse una pequeña matización respecto al reproche penal. Este, según la Exposición de Motivos, viene justificado por *“el exceso de tiempo de ausencia señalado en los respectivos casos, pues sólo entonces hay razón para decir que el militar abandona sus banderas, de ningún modo antes, sean cuales fuesen los actos que ejecute”*. De esta declaración se colige que la reprochabilidad viene motivada por el simple transcurso del lapso de tiempo, sin que en ningún momento se incluya la injustificación de la conducta, la cual se supone. Se centra, por tanto, la responsabilidad derivada de la deserción tanto del oficial como del miembro de tropa en un criterio netamente objetivo cual es el transcurso del lapso temporal.

Esta valoración de la conducta típica bajo el prisma de un módulo estrictamente objetivo fue un aspecto deseado por el legislador histórico, ya que el panorama hasta entonces reinante se caracterizó por la existencia de un interminable catálogo de los grados de culpabilidad, de ahí que la innovación legislativa introducida por el Código produjera la desaparición de los *“conatos o tentativas”* en los delitos de deserción. De ello, se puede colegir que, con anterioridad a dicho cuerpo legal, el legislador se decantaba por la tesis del delito de deserción como delito de resultado y que, a raíz de la publicación del Código de 1884, se mantenía la misma tesis, ya que en la Exposición de Motivos se argüía que el hecho de que desaparezcan de la ley los ya citados conatos y tentativas *“no quiere decir que habrán de quedar impunes aquellas transgresiones de los deberes militares que no lleguen a la deserción consumada, sino que serán castigadas como simples faltas...”*

2.4. Código Penal de la Marina de Guerra

La deserción venía recogida en el Capítulo VI, dentro del Título III bajo la rúbrica *“Delitos contra los deberes del servicio militar”* y que se extendía desde el artículo 213 hasta el 230 del citado cuerpo normativo teniendo como ámbito subjetivo de aplicación aquellas fuerzas que conformaban la Marina de Guerra, y donde se incluyó a la Infantería de Marina.⁴²

El artículo 213 establecía que comete el delito de deserción el individuo de las clases de marinería o tropa, cualquiera que sea su destino, y el asimilado a las mismas clases, cuando forme parte de la dotación de un buque al servicio de la Marina,

⁴² Véase COZAR NAVARRO, *La Infantería de Marina durante la Restauración, 1875-1893*, Cádiz, 1993.

de los Cuerpos de la misma o de la maestranza permanente en los establecimientos de la Armada, en los casos siguientes:

1º. Cuando faltare del lugar de su destino por más de cinco días consecutivos.

2º. Cuando estando con licencia temporal o en marcha de un punto a otro, no se presentase a sus Jefes en el lugar de su destino, o a la Autoridad de Marina o del Ejército o civil o consular, en su respectivo caso, después de transcurridos cinco días contados desde que deba hacer su presentación.

3º. Cuando al recobrar su libertad, como prisionero de guerra, dejare de presentarse a las Autoridades expresadas en el número anterior, en el propio plazo de cinco días, hallándose en territorio nacional.

Si se hallase en país extranjero, se considerará desertor a los cinco días de no haber utilizado cualquier medio que tuviera a su alcance para presentarse a las Autoridades expresadas en el número anterior.

4º. Cuando llamado al servicio, perteneciendo a ñas reservas dejare de presentarse en el transcurso de quince días.

Para el cómputo de los plazos de este capítulo, se contará por días de veinticuatro horas, a partir del momento en que el individuo falte indebidamente a su destino.

El artículo 214 establecía, por su parte, que los plazos señalados en el artículo anterior para considerar consumada la desertión serán, en tiempo de guerra, tres días, en los casos 1º, 2º y 3º del artículo anterior y ocho en el caso 4º.

El artículo 215 recogía las circunstancias agravantes de la desertión, cuales eran:

1º. Escalar muralla, estacada, cualquier obra de fortificación, cuartel, arsenal, cuerpo de guardia o puesto militar.

2º. Violentar puertas o ventanas.

3º. Salir de a bordo valiéndose de cualquier medio que no sea el autorizado a tal fin.

4º. Llevarse algún arma u objeto que hubiere recibido para su uso en el servicio con obligación de devolverlo.

5º. Valerse de nombre supuesto o disfraz, o tomar expresamente para cometer la desertión, embarcación de la Armada.

6º. Hallarse de servicio, salvo en los casos previstos en esta ley en que el hecho tuviera señalada mayor pena.

7º. Ser deudor del Estado.

8º. Enrolarse o tomar plaza en cualquier otro buque.

9º. Hallarse en prisión preventiva o arrestado.

Los artículos 216 a 221 (cuadro número 1) recogían la regulación de diversos supuestos de desertión con las penas que venían añadidas a cada uno de los supuestos, manteniéndose la ya tradicional distinción entre la primera y segunda desertión, la diferenciación entre el tiempo de guerra y el tiempo de paz, como variable temporal de comisión del delito, y añadiéndose como variable espacial de comisión el hecho de que la desertión se llevase a cabo en distintos territorios, español o extranjero y dentro de este último distinguiendo los territorios de Asia, Africa, América u

Oceanía, por un lado, de los territorios extranjeros en Europa, por otro. Se introduce una modulación desde la perspectiva del sujeto activo del delito, ya que como factor de diferenciación punitiva, se cuenta con distinta pena según el desertor perteneciera a las clases de marinería o tropas o a las clases “asimiladas” de las mismas.

**Cuadro único: Régimen penológico del delito de desertión
en el Código Penal de la Marina de 1888**

Supuesto de hecho. Precepto	Tiempo de guerra	Territorio extranjero de Asia, Africa, América u Oceanía y en tiempo de paz	Territorio extranjero de Europa y en tiempo de paz	Territorio español y en tiempo de paz
ART. 216: primera deserción, sin agravantes y perteneciendo a clase de marinería o tropa	De 1 a 6 años de prisión militar menor	4 años de recargo de servicio	3 años de recargo de servicio	2 años de recargo de servicio
ART. 217: igual que el artículo anterior pero per- teneciendo a clases asi- miladas	De 6 meses y un día a cuatro años de prisión militar menor	De 18 meses a 2 años de prisión militar menor	De 12 a 18 meses de prisión militar menor	De 6 meses y un día a un año de prisión militar menor
ART. 218: segunda deserción, sin agravantes y perteneciendo a clases de marinería y tropa	De 10 años de prisión militar mayor a catorce años de reclusión militar	De 8 a 10 años de prisión militar mayor	De 8 a 9 años de prisión militar mayor	De 6 años y un día a 8 años de prisión militar mayor
ART. 219: primera deserción con agravante y perteneciendo a clases de marinería y tropa	De 6 años y un día a 8 años de prisión militar mayor	De 5 años de prisión militar menor a ocho años de prisión militar mayor	De 4 años de prisión militar menor a 8 años de prisión militar mayor	De 3 a 6 años de prisión militar menor
ART. 220: igual que el anterior pero perteneciendo a clases asimiladas	De 5 a 6 años de prisión militar menor	De 4 a 5 años de prisión militar menor	De 3 a 4 años de prisión militar menor	De 1 a 3 años de prisión militar menor
ART. 221: segunda vez con agravante y perteneciendo a clases de marinería o tropa	De 12 años y un día a 14 años de reclusión militar	De 10 a 12 años de prisión militar mayor	De 9 a 11 años de prisión militar mayor	De 8 a 10 años de prisión militar mayor

Otros supuestos especiales venían sancionados en los artículos 222 y siguientes. Así, el artículo 222 establecía que el individuo de las clases de marinería o tropa o sus asimilados que durante las faenas que fueren consecuencias de un naufragio o suceso peligroso para la seguridad del buque, se ausentare durante tres días consecutivos sin legítimo permiso, será considerado y castigado como desertor en tiempo de guerra, aun cuando el hecho se verifique en tiempo de paz.

Por su parte, el artículo 223 establecía que los individuos de las clases de marinería o tropa que desertaren al frente del enemigo o de rebeldes o sediciosos, incu-

rrirán en la pena de doce años de reclusión militar a perpetua. Perteneciendo el desertor a las clases asimiladas a marinería o tropa en el caso de que trata este artículo, sufrirá la pena de seis años y un día a doce de prisión militar mayor.

Así, el artículo 224 preceptuaba que el desertor de primera vez en tiempo de paz y en territorio nacional, sin ninguna circunstancia de las expresadas en el artículo 215, que se presentare voluntariamente a sus Jefes o a la Autoridad de Marina, del Ejército o civil en su respectivo caso, dentro de los ocho días siguientes al que la deserción se considere consumada, será castigado, si perteneciere a las clases de marinería o tropa, con la pena de seis meses a ocho meses de recargo en el servicio, y perteneciendo a las clases asimiladas, con la de cuatro a seis meses de arresto militar.

Como medida administrativa inherente a la pena por deserción el al artículo 225 preveía que el que desertare antes de haber cumplido la edad reglamentaria para el reclutamiento de la Marina, será despedido del servicio, quedando no obstante obligado a cumplir cuando le corresponde, el que proceda con arreglo a las leyes de Reclutamiento o Reemplazo de la Marina o del Ejército. Para los Guardias marinas y alumnos del Cuerpo administrativo que consumaran la deserción, cualquiera que sea el punto o circunstancia en que lo verifiquen, sufrirán, según establecía el artículo 226, la pena de seis meses de recargo del servicio en su clase, por la primera vez, mientras que se les separará del servicio la segunda de las veces.

Respecto al concepto de complot, el artículo 227 sancionaba que el que desertare mediante complot de cuatro o más, será castigado como reo de sedición, a no ser que por la deserción le correspondiese mayor pena.

Como forma especial de participación en el tipo delictivo, el artículo 228 regulaba la figura del auxiliador o encubridor de un delito deserción, reconociendo que la pena que le sería impuesta ascendería de seis meses y un día hasta un total de seis años de prisión militar menor siendo aforado de Marina o Guerra, y no siéndolo de dos meses de arresto a cuatro años de prisión. Finalizaba este precepto con el añadido de que si el desertor estuviese comprendido en el supuesto de hecho del artículo 224, al auxiliador o encubridor, fuese aforado o no, se le impondría la pena de dos meses de arresto. Además, estaban exentos de responsabilidad penal los que encubriesen la deserción, siempre y cuando se hallaren comprendidos entre las personas del artículo 26.

El artículo recogía una regla concursal, por la cual todas las condiciones y supuestos de deserción anteriores se entendían sin perjuicio de las alteraciones que en uso de sus facultades establezcan en los bandos los Capitanes o Comandantes generales de los Departamentos, Apostaderos o escuadras en tiempo de guerra.

Por último, la regulación de la deserción en el Código Penal de la Marina de Guerra finalizaba con el tenor literal del artículo 230 que disponía que el reo ausente por mayor tiempo del señalado en esta ley para considerarse consumada la deserción, sufrirá la pena designada al delito que hubiese cometido, si fuere más grave, que la que correspondiere por la deserción, estimándose como circunstancia agra-

vante; y si la pena correspondiente al delito fuese más leve, se le impondrá la que corresponda a la deserción, apreciando el delito cometido como otra de las circunstancias comprendidas en el artículo 215.

2.5. Código de Justicia Militar de 1890⁴³

En virtud de lo establecido en la Real Orden de 4 de octubre de 1890 se comunica la Ley por la cual se autoriza la publicación del Código de Justicia Militar. Este instrumento normativo desplegó su vigencia durante más cincuenta años, abarcando amplios espacios de la vida jurídica española en momentos especialmente difíciles como la Guerra Civil y puso fin a la llamada primera etapa del proceso de codificación de la Jurisdicción Militar. Su nivel de aplicabilidad se situó en altas cotas de eficacia a pesar de dos obstáculos que, si bien solventados, dificultaron la vigencia de la norma, los cuales fueron la Ley de Jurisdicciones de 1906 y la Orden Circular de 25 de enero de 1940, que regulaba y adaptaba el elenco de sanciones penales tras los años de guerra.⁴⁴

Una de las características mas importantes que se pueden predicar del presente Código de 1890 es la instauración de llamado sistema administrativo, en oposición al sistema jurisdiccional de la Justicia Militar.⁴⁵ Según éste, los Generales en Jefe de Ejército, los Capitanes Generales de Distrito y Jefes Comandantes de tropa con mando independiente, Gobernadores de plaza sitiada o bloqueada recababan verdaderas potestades jurisdiccionales para el conocimiento y enjuiciamiento de conductas incluidas en el Código. Sustentaban con sus atribuciones la llamada Jurisdicción de Guerra.⁴⁶

El CJM de 1890 unificó la regulación de los anteriores delitos incluyéndolos bajo el epígrafe “Delitos contra los fines y medios de acción del Ejército”, otorgando al

⁴³ Como bibliografía complementaria citada por RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal* ..., p. 1.034, cabe destacar CONEJOS D'OCÓN, *Observaciones para la aplicación del Código de Justicia Militar*, Valencia, 1895; POU RIVAS, *Código de Justicia Militar*, Madrid, Reus, 1927; DEL NIDO TORRES, *Código de Justicia Militar. Comentado y concordado*, Madrid, 1910 y ALARCON ROLDAN, *Código de Justicia Militar vigente, anotado, concordado, con jurisprudencia, legislación y formularios*, Madrid, Reus, 1940. Destaca especialmente el artículo publicado con ocasión del centenario de la publicación de dicho Código.

⁴⁴ JIMÉNEZ JIMÉNEZ, *Centenario*, en REDM, núm. 55, enero-junio 1990, Tomo I, pp. 13 a 17, donde, con ocasión del primer centenario de la promulgación del Código de Justicia Militar de 1890, hace un breve análisis del mismo.

⁴⁵ CALDERÓN SERRANO, *El Ejército y sus Tribunales (Segunda Parte)*, Ediciones Lex. México. D:F: p. 148.

⁴⁶ Así lo recogía el artículo 24 del Código de 1890, si bien sin perjuicio de las facultades de revisión y resolución de conflictos que residían en el Consejo Supremo de Guerra y Marina. Desde la óptica de la evolución de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, las resoluciones y decretos de las Autoridades Militares con potestades jurisdiccionales exigían el preceptivo informe, parecer o dictamen previo del Auditor de Guerra, tal y como preveía el artículo 26 del texto legal.

“Abandono de destino o residencia” un capítulo autónomo e independiente, el cual comprendía los artículos 282 a 285.

2.5.1. Abandono de destino o residencia

El artículo 282 establece que *“comete el delito de abandono de destino o residencia, el Oficial comprendido en los casos siguientes: 1º. Que falte por tres días, que se considerarán transcurridos pasadas tres noches, del punto donde tenga su destino o residencia. 2º. Que no se presente en él, cumplida la licencia temporal que hubiese disfrutado”*.

Por su parte, el artículo 283 establecía que *“incurre en la misma responsabilidad prevista en el artículo anterior: 1º El Oficial que deje de presentarse en su destino en los plazos reglamentarios. 2º. El Oficial que al recobrar su libertad como prisionero de guerra, deje de presentarse a las Autoridades competentes, en el plazo de quince días, si se hallase en territorio nacional. Si se hallare en territorio extranjero, empezará a contarse el mismo plazo para declararle reo de abandono de destino, ocho días después de no haber puesto los medios que tuviere a su alcance para regresar a su patria”*.

Por último, los artículos 284 y 285 completan la regulación del abandono de destino o residencia, en lo que afecta a la penalidad⁴⁷. El primero de ellos en cuanto que *“en tiempo de guerra o en territorio declarado en tal estado, los plazos señalados en los artículos anteriores podrán ser reducidos por el Gobierno y en los bandos de los Generales en Jefe de Ejército”*. El segundo de ellos establece que *“el oficial que abandone su destino o el punto de su residencia, no estando comprendido en el cap. Iº de este título, será castigado: 1º. Con la pena de reclusión militar perpetua a muerte, verificándolo al frente del enemigo, o de rebeldes o sediciosos. 2º. Con la de prisión militar mayor, si lo ejecuta en operaciones de campaña, fuera del caso del número anterior. 3º. Con la pérdida de empleo⁴⁸, en todos los demás casos, si dejare transcurrir dos meses desde la consumación del delito, sin hacer su presentación a las Autoridades competentes”*.

⁴⁷ Una vez que se consagraba el principio de legalidad en materia de penas en el artículo 176 del CJM al establecer que *“no será castigado ningún delito militar con pena que no se halle establecida por ley anterior a su perpetración”*, el artículo siguiente recogía el catálogo de pena, las cuales venían ordenadas por razón de gravedad, distinguiéndose las penas civiles de las militares. Dentro de estas últimas, se hallaban: muerte, reclusión militar perpetua, reclusión militar temporal, prisión militar mayor, pérdida de empleo, prisión militar correccional de tres años y un día a seis años, separación del servicio, prisión militar correccional hasta tres años.

⁴⁸ La pérdida de empleo venía recogida en el artículo 190 a cuyo tenor establecía que *“la pena de pérdida de empleo producirá la salida definitiva del Ejército, con la privación de grados, sueldos, pensiones, honores y derechos militares que correspondan al penado, así como la incapacidad de obtenerlos en lo sucesivo”*.

2.5.2. Deserción

Viene tipificado este delito en los artículos 286 a 290 del CJM, estando estos preceptos encuadrados dentro del Capítulo VI, del Título VIII y, por tanto, bajo la misma rúbrica “Delitos contra los fines y medios de acción del Ejército”, pero divididos en tres secciones: la primera, respecto a la deserción simple, que comprende los artículos 286 y 287; la segunda, que regula la deserción al extranjero, incluyendo únicamente el artículo 288 y, por último, la tercera, que bajo las prescripciones de los artículos 289 y 290 regulaba la deserción con circunstancias calificativas.⁴⁹

En lo que atañe al tipo básico de deserción simple, el artículo 286 establece *“comete delito de deserción, el individuo de las clases de tropa que, habiendo sido sentenciado por la falta grave prevista en el artículo 319, deje de asistir a tres listas consecutivas de Ordenanza, en los casos siguientes: 1º. Abandonando el lugar de su destino, aunque transitoriamente y con autorización al efecto de halle rebajado de filas. 2º. No presentándose en él, cumplida la licencia temporal de que hubiese disfrutado, o la ilimitada en su caso”*. En este mismo precepto *in fine* se contempla la consideración de que las listas de ordenanza serán a los efectos de este delito las de diana y retreta.

La penalidad para la deserción simple, según lo recogido en el artículo 287, variaba en virtud del condicionante del tiempo de guerra o de paz. Para el primero, la pena privativa de libertad, sin ninguna circunstancia calificativa, ascendía a un total de dos años de prisión correccional militar, mientras que para el segundo de los supuestos, la prisión se veía aumentada hasta un total de cuatro años. Finalizaba este precepto con una disposición de interpretación legal por la cual la cualificación o no de la deserción vendría dada por la efectiva circunstancias que pudiese concurrir en la esfera únicamente penal, siendo indiferente cuál había sido el talante de la falta disciplinaria que ya hubiera sido ejecutada. De ello se colige que la falta disciplinaria ya impuesta adquiriría valor y trascendencia en el ámbito de reprensión penal a los sólo efectos de una pretendida reincidencia, la cual ponía las bases de una posterior infracción penal. Así, el tenor literal de la norma disponía que *“la deserción será simple o calificada conforme a las circunstancias que en ella concurran, cualquier que hubiere sido el carácter de la penada anteriormente como falta grave”*.

En lo que atañe a la deserción al extranjero, el artículo 288 establecía que *“el desertor al extranjero será castigado: 1º. Si deserta por primera vez, con la pena de dos años de prisión militar correccional en tiempo de paz, y con cuatro años de*

⁴⁹ Desde la perspectiva de la aplicación de las penas, el culpable de un delito de deserción carecía del beneficio del abono del tiempo que hubiese estado en prisión mientras la causa penal se hallaba instruyendo, así el artículo 184 del CJM establecía que *“los Tribunales harán en las sentencias abono de la mitad del tiempo de la prisión sufrida por los reos durante la substanciación de la causa, siempre que las penas consistan en privación de libertad y no exceda su duración de tres años”*. Este beneficio era negado a los reos de deserción.

igual pena en tiempo de guerra. 2º. Si deserta por segunda vez, con la pena de seis años y un día de prisión militar mayor en tiempo de paz, y con diez años de igual pena en tiempo de guerra”.

Finalmente, la sección tercera regula los factores de cualificación delictiva, recogiendo básicamente cuatro:

Violentando puertas y ventanas.

Cometer la desertión llevándose *“el caballo o las armas que no constituyan parte del uniforme reglamentario que use el individuo de las clases de tropa fuera de los actos de servicio”.*

Desertar *“mediando complot de cuatro o más”.*

Desertar *“al frente del enemigo, no cometiendo el delito previstos en el artículo 222.6º”.*

Curiosa es la definición aclaratoria que hace el último apartado del artículo 289 por el cual *“se entenderá que la fuga se verifica siempre con dirección al enemigo, y ha sido realizada, cuando el que huye rebasa la distancia o zona previamente señalada por el Jefe de la tropa como límite de la plaza, campamento, poblado o posición militar; y de no estar señalado este límite, cuando rebase las líneas o puestos exteriores, la vanguardia, flanco o retaguardia de las tropas en marcha, o cuando, sin previo permiso, se aleje hasta ocultarse de la vista y oído de éstas”.*

La penalidad de las anteriores conductas delictivas venía recogida en el artículo 290, el cual reservaba, para el supuesto de desertión cometida violentando puertas y ventanas, una pena de dos años de prisión militar correccional cuando el delito se cometía en tiempo de paz, mientras que la pena aumentaba hasta cuatro años en tiempo de guerra. En ambos casos, la pena correspondía a la llamada primera desertión, ya que en lo que atañe a la segunda desertión, las penas eran, respectivamente, de seis años y un día y de diez años.

Para la circunstancia segunda, la primera desertión se castigaba con las penas de cuatro y ocho años, según fuese cometida en tiempo de paz o de guerra; la segunda desertión, en cambio, se penaba con diez años y doce años, respectivamente para las mismas circunstancias. La concurrencia de la circunstancia agravatoria tercera implicaba que la primera desertión sería castigada con la pena de doce años, para tiempo de paz, y dieciséis, para tiempo de guerra. En la segunda, las penas aumentaban hasta los veinte años de reclusión militar y con la reclusión militar perpetua, según se cometiese en tiempo de paz o de guerra.

Finalmente, los supuestos del número cuatro, quedaban sancionados con pena de reclusión perpetua a muerte.

3. Tránsito hasta el Código de Justicia Militar de 1945

La influencia de la Ley de Jurisdicciones de 1906 y su Real Orden de 23 de abril del mismo año, interpretativa de la anterior, se hizo patente hasta el inicio de la II

República, ya que durante la dictadura del General Primo de Rivera y no hubo ninguna disposición legal, en lo tocante al derecho penal militar y, más concretamente a los delitos que se vienen analizando, que mereciera ser destacada.⁵⁰

El 14 de abril de 1931 se produce el advenimiento de la II República y bajo los auspicios de la Constitución republicana del mismo año el proceso de extensión competencial de la jurisdicción castrense que se había iniciado a finales del siglo XIX se ve frenado considerablemente, ya que no sólo se produce la derogación expresa de la Ley de Jurisdicciones en virtud del Decreto Ley de 17 de abril de 1931 sino que también se suprime el fuero por razón de la persona y por razón del lugar de comisión del tipo delictivo, de conformidad con las disposiciones contenidas en el Decreto de 11 de mayo de 1931, quedando vigente sólo la competencia por razón del delito, tal y como actualmente ocurre.⁵¹ Así, el artículo 95 de la Constitución republicana establecía que “*La jurisdicción Militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas, y a la disciplina de todos los institutos armados*”.⁵²

El sistema administrativo que instauró el Código de 1890 quebró temporalmente con la labor legislativa de la incipiente y recién estrenada II República. En efecto, las Leyes de 11 de mayo, 3 y 17 de julio de 1931 consagraron un sistema judicial en el que el ejercicio de las jurisdicción castrense recaía sobre los siguientes protagonistas. Los Mandos Militares cedían su competencia a favor de los Auditores; el Ministerio Jurídico Militar –directamente vinculado por vía de dependencia jerárquica a las Fiscalía de la República– hizo suyas las funciones de los Fiscales Militares; las representación letrada de la defensa se encargó a abogados colegiados y, finalmente, el Consejo Supremo de Guerra y Marina y sus facultades revisoras pasaron a la Sala 6ª del Tribunal Supremo.⁵³

⁵⁰ Se puede citar en este sentido la Real Orden de 18 de septiembre de 1923 que contribuyó a la ampliación de competencias de la jurisdicción militar en los llamados delitos contra la Unidad Nacional.

⁵¹ Este Decreto fue de vital importancia ya que se suprimieron las atribuciones judiciales de los Capitanes Generales, se produjo la disolución del Consejo Supremo de Guerra y Marina y se atribuyeron sus funciones a la Sala de Justicia Militar del Tribunal Supremo, siendo, por tanto, claro precedente histórico de la funcionalidad actual de la Sala 5ª del Supremo.

⁵² GIL HONDUVILLA en La sublevación de julio de 1936: proceso Militar al general romerales, reconoce que: “En lo militar, ya desde el principio de la República, incluso antes de ser desarrollada la Constitución de 1931 por el nuevo Gobierno, dentro de la reforma prevista para las Fuerzas Armadas por el Ministro de La Guerra, Manuel Azaña, que tenía como fin fundamental la reducción de unidades y cuadros de oficiales y adaptar la institución militar a la nueva realidad política, se procedió a acometer una compleja y cautelar reforma de esta jurisdicción ante la excesiva militarización de la justicia desde la Restauración y la dictadura de Primo de Rivera”, disponible en la edición digital de la Revista Historia Actual on line, en concreto en <http://www.historia-actual.com/HAO/Volumes/Volume1/Issue4/esp/v1i4c9.pdf>. Allí se cita a SARRIÁ, P., *El Cuerpo Jurídico Militar español: Antecedentes y Evolución* en REDM 72 (1998), 94- 95.

⁵³ Detalladamente se puede consultar la organización de la Jurisdicción castrense en el periodo republicano, así como el funcionamiento de los Tribunales en JIMENEZ y JIMENEZ, *Notas sobre la organización de Tribunales militares en la Guerra Civil (1936-1939)*, publicado en el número 504 de la Revista

Una vez que se produce el alzamiento nacional el 18 de julio de 1936 y el consiguiente Bando militar por el que se declaraba el estado de guerra, de 28 del mismo mes y año, se vuelve a retomar el proceso de ampliación de competencias a la jurisdicción castrense.⁵⁴ Así, las Leyes de 12 de julio de 1940 y 29 de marzo de 1941 restablecieron en su vigencia las disposiciones normativas militares previas al advenimiento de la República, a excepción de las modificaciones que en su día pudo suponer la promulgación de la Ley de 26 de julio de 1935.⁵⁵

Llegado este punto, se publica la Ley de 1 de septiembre de 1939, en virtud de la cual se constituía el Consejo Supremo de Justicia Militar y se dispone, en su artículo 5, que una vez conformado el mismo se nombrará una Comisión encargada de la redacción del Proyecto de Código de Justicia Militar que aunara la diversa y difusa legislación militar hasta entonces existente y las tres jurisdicciones. Dicha Comisión estaba autorizada a recabar, por vía del ministro de la Guerra, todos aquellos colaboradores que catalogara como pertinentes, debido a su reconocido prestigio como juristas y que, obviamente, no formaran parte del citado Consejo Supremo de Justicia Militar.⁵⁶ El proyecto fue trasladado a la Cortes en junio de 1944, siendo promulgado el nuevo de Código de Justicia Militar el 17 de julio de 1945.

4. El Código de Justicia Militar de 1945⁵⁷

El Código de Justicia Militar de 1945 (en adelante CJM) se aprobó a raíz de su publicación de la Ley de 17 de julio de ese mismo año, en el Boletín Oficial, núme-

General del Derecho, Valencia, 1986 y en CALDERON SERRANO, *El Ejército...*, pp. 92 a 96.

⁵⁴ “El Código de Justicia Militar que los militares sublevados aplicaban en los consejos de guerra era, prácticamente, el mismo que había entrado en vigor en 1890, siendo M^a Cristina la reina regente y Marcelo de Azcárraga el ministro de la Guerra. Las modificaciones introducidas por los gobiernos de la II República se circunscribieron a limitar el ámbito de aplicación de la jurisdicción militar y a introducir modificaciones procedimentales. Durante la guerra, cuando Largo Caballero presidía el gobierno estuvo a punto de entrar en vigor un nuevo código, pero su salida del gobierno lo impidió y el viejo código militar de la monarquía continuó vigente en el reconstituido Ejército Popular” publicado en <http://www.asturiasrepublicana.com/libertad6.html>.

⁵⁵ Todo ello sin perjuicio de que el Gobierno republicano, en el transcurso de la contienda, dictó una serie de disposiciones que afectaban en mayor o menor medida a la jurisdicción militar, tales como el Decreto de 23 de agosto de 1936 –por el que se creaba un Tribunal especial, sito en Madrid, que se encargaría del enjuiciamiento y fallo de los delitos de rebelión, sedición y los cometidos contra la seguridad del Estado–, el Decreto de 6 de octubre de 1936 –por el que se amplía dichas competencias a los delitos de traición y espionaje–, el Decreto de 25 de agosto de 1936 –por el que se creaban Tribunales militares especiales en todas las provincias–, el Decreto de 10 de octubre de 1936 –que instituyó los jurados de urgencia– y el Decreto de 14 de enero de 1937 –por el que se crearon los Tribunales militares populares–. Véase HIGUERA GUIMERA, *Curso...*, p. 98.

⁵⁶ RODRIGUEZ DEvesa, *Derecho Penal...*, p. 1.035, donde recoge los miembros que formaron dicha Comisión, la cual se dividió en dos secciones bajo la presidencia del Teniente General D. Emilio Fernández Pérez y del General de División D. Francisco Ruiz del Portal: una encargada de las Leyes penales y otra encargada de los procedimientos y organización.

⁵⁷ La edición manejada a estos efectos es la contenida en DIAZ- LLANOS LECUONA, *Leyes Penales*

ro 201, del 20 de julio, comenzando su vigencia veinte días después de la misma, la cual se llevó a cabo el 25 de agosto de 1945, sufriendo sucesivas reformas en su articulado por las Leyes de 8 de junio de 1947, 21 de abril de 1949, 26 de febrero de 1953, 17 de julio de 1953 y de 30 de marzo de 1954, 17 de diciembre de 1964, 30 de diciembre de 1969, 15 de noviembre de 1971, 17 de marzo de 1973 y, por último, la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo. Tanto el propio cuerpo normativo original como las sucesivas reformas supusieron una verdadera recepción en la esfera del Derecho Penal Militar de todas las innovaciones doctrinales que se iban engarzando, paralelamente, en el derecho común, abandonando no sólo el primitivo espíritu de las Ordenanzas militares sino también introduciendo las modernas técnicas codificadoras de aquel entonces.⁵⁸

A pesar del carácter netamente heterogéneo de este Código⁵⁹, la verdadera virtualidad de este instrumento normativo, sin perjuicio de perseguir un ligero remozamiento de las leyes castrenses vigentes⁶⁰, vino dada por la unificación y aunamiento de los diferentes ordenamientos penales militares, diferentes para cada uno de los tres Ejércitos, que hasta entonces venían siendo aplicados, los cuales fueron decayeron en su vigencia normativa de conformidad con el artículo 1072 del citado cuerpo legal, el cual constituyó una verdadera disposición derogatoria de la legislación anterior⁶¹. A los efectos de los delitos objeto de análisis, la nueva regulación supuso una “simplificación” respecto al régimen jurídico previo, si bien es cierto que se mantuvo la misma estructura sistemática, produciendo reacciones contrarias de la

Militares, Compañía Bibliográfica Española, Madrid, 1968, pp. 326 a 332 en lo que atañe al delito de “Abandono de destino o residencia” y pp. 332 a 342 en lo que atañe al delito de “Deserción”. CASADO BURBANO, *Iniciación al Derecho constitucional militar*, Madrid, 1986, p. 38, donde reconoce a la hora de justificar la existencia del CJM que “*La defensa del propio orden jurídico requiere que el Estado castigue con sanciones de especial trascendencia determinadas conductas. De la tipificación de estas conductas, por acción u omisión –delitos–, y de la naturaleza y magnitud de esos castigos –penas– se ocupan las leyes penales*”. Destaca GÓMEZ BRAVO, *El desarrollo penitenciario en el primer franquismo (1939-1945)*, disponible en <http://hispanianova.rediris.es/6/dossier/6d017.pdf#search=%22codigo%20de%20justicia%20militar%201945%22>.

⁵⁸ RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal*, pp. 1.036 y 1.037.

⁵⁹ Según HIGUERA GUIMERA, en *Curso...*, p. 99, el contenido del CJM rebasaba “el marco estricto de lo que se entiende por un Código Penal” al regular materias tan dispares como el expediente gubernativo, Tribunales de Honor, prevención de abintestatos, reclamaciones de deudas...

⁶⁰ JIMENEZ Y JIMENEZ, *Introducción...*, p. 195. Fundamentalmente, los textos normativos que fueron objeto de refundición fueron el Código de Justicia Militar del Ejército de 1890, el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 y la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Marina de 1894 y la Ley de Enjuiciamiento de la Marina de Guerra del mismo año, si bien de esta última permanecía vigente el Título adicional de la misma, aprobado por Decreto Ley de 10 de julio de 1925. Por su parte, VALENCIANO ALMOYNA, *En torno a un nuevo Código de Justicia Militar*, en REDM, núm. 35, enero-junio, 1978, p. 55, expuso que el CJM nació “con el raquitismo propio de una norma que no se propuso ser original”.

⁶¹ DE QUEROL Y DURAN, *Principios...*, cit., p. 45.

doctrina de la época por considerar que el diseño de los tipos era complicado, anárquico, extremadamente dificultoso, de un casuismo enrevesado y proclive a resoluciones judiciales injusta e irracionales.⁶²

Con la publicación y entrada en vigor del CJM se produce en nuestro ordenamiento la primera etapa de consolidación del carácter dual de los delitos de abandono de destino y/o residencia y el delito de desertión, aspecto sustantivo éste que se había iniciado con el Código Penal de la Marina de 1888. El proceso de cimentación ha alcanzado sus frutos, puesto que dicha dualidad se ha mantenido hasta nuestros días en las figuras de los artículos 119 y 120 del CPM.⁶³

Dentro del Título XII bajo la rúbrica de “Delitos contra los fines y medios de acción del Ejército”, se encuadraba el Capítulo III, el cual se encargaba de la regulación de los delitos de “Abandono de destino o residencia”, que englobaba los artículos 365 a 369, mientras que en el Capítulo IV quedaba tipificado el delito de desertión y sus diversas modalidades, extendiéndose desde el artículo 370 al 382, sin perjuicio de los artículos 431 a 433, que se referían a las faltas graves de desertión y falta de incorporación a filas en tiempo de paz.⁶⁴

Ya la propia Exposición de Motivos de la Ley reconoce la distinción entre el abandono de destino, bien por apartamiento del mismo, bien por falta de presentación, del abandono de residencia, *“pues es notorio que no es la misma la trascendencia de una y otra figura de delito y no deben, por ello, ser sometidas a idéntica escala de sanciones”*. Por ello, ya en el CJM se llega a una cristalización positiva de la diferencia existente entre ambas modalidades delictivas, ya que obviamente la intensidad criminal y el perjuicio que se pudiese causar al servicio variaba ostensiblemente, dependiendo que el abandono fuese de la unidad de destino o que fuese del lugar que hubiese sido fijado como punto de residencia habitual del militar.⁶⁵

⁶² GARCÍA LABAJO, *Comentarios...* cit., p. 1.472.

⁶³ GOMEZ HIDALGO, *Delitos Militares contra el deber de presencia. En especial el abandono de destino o residencia*, en REDM, núm 84, Julio-diciembre 2004, p. 292, establece que el Código Penal de la Marina de 1888 *“supuso la iniciación en nuestro derecho del dualismo abandono de destino o residencia-desertión, distinción que en el vigente Código Penal Militar existe, si bien con un significado absolutamente distinto al que entonces se introdujo, pues en esta significación original implicaba que el delito de desertión lo cometía «el individuo de las clases de marinería o tropa y el asimilado a las mismas clases», mientras que el Oficial incurría, en su caso, en el delito de abandono de destino o residencia, que constituía un supuesto más de abandono de servicio”*.

⁶⁴ En la normativa actual el encuadramiento sistemático tanto del delito de abandono de destino o residencia como el de desertión viene fijado en el Título VI del CPM bajo el epígrafe “Delitos contra los deberes del servicio” y más concretamente dentro del Capítulo III, titulado “Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar”, el cual se divide en tres secciones: abandono de destino o residencia, desertión y quebrantamientos especiales del deber de presencia.

⁶⁵ Dejo de lado a los efectos expositivos del tema los quebrantamientos especiales del deber de presencia, los cuales vienen recogidos en los artículos 121 a 123 del CPM, y que contaban con el precedente de los artículos 369, por un lado, que disponía que “el oficial o suboficial que a la salida de su buque

A efectos expositivos, conviene diferenciar los supuestos propios de abandono de destino o residencia de carácter positivo, en cuanto abandono, voluntaria separación o apartamiento; los casos impropios, de carácter negativo, en cuanto falta de presentación o incomparecencia y, por último, los quebrantamientos especiales del deber de presencia. Dentro de cada uno de los supuestos, se debe distinguir, a su vez, entre el delito de abandono de destino o residencia en sentido estricto y el delito de desertión, y, además, cada uno de estos deberá enmarcarse en las situaciones de tiempo de guerra o tiempo de paz⁶⁶, si bien el CJM no lo regulaba exactamente así, como lo hace el artículo 14 del CPM, sino que usaba expresiones tales como: hallarse ante el enemigo, hallarse en campaña o estar frente al frente de rebeldes o sediciosos⁶⁷.

I. Modalidades Propias

Por un lado, el artículo 365 —cuya redacción obedeció a la modificación operada por la Ley de modificación de 21 de abril de 1949— establecía que “*el oficial o sub-*

o aeronave se quedase en tierra sin causa legítima, y se presentase antes de terminas los plazos señalados en los artículos 365 y 366, sufrirá la pena: 1º De dos a seis años de prisión militar en tiempo de guerra, cualquiera que sea el punto en que se quedare. 2º De seis meses y un día a dos años de prisión militar si se quedase en territorio extranjero en tiempo de paz” y, por otro lado, del artículo 377, cuyo tenor literal establecía que “el militar o marino que quedare en tierra injustificadamente a la salida de su aeronave o buque, y se presentase antes de terminar el plazo señalado para la desertión, sufrirá la pena: 1º De uno a cuatro años de prisión militar en tiempo de guerra, cualquiera que sea el lugar en que quedare. 2º De seis meses y un día a un año de igual pena si se quedase en territorio extranjero en tiempo de paz”. Este delito fue catalogado por DE QUEROL Y DURAN, *Principios...*, pp. 541 y 542, como “cuasi abandono” de destino o “cuasidesercion”, argumentando, entre otras razones, que la técnica comisiva era totalmente distinta al resto de abandonos ya que no exigía el transcurso de un periodo de tiempo. En palabras del citado, “*un solo minuto basta y sobra si por él se llega cuando el buque ya ha desatracado o ya despegó el avión*”. En el mismo sentido lo argumenta, GARCIA LABAJO, *Comentarios...*, cit., p. 1.473.

⁶⁶ El precedente normativo del actual artículo 14 del CPM se encuentra en los números 3º, 4º y 5º del artículo 256 del CJM a cuyos efectos, en primer lugar y además de contemplar algunas especificidades respecto de las fuerzas “*de antiaeronáutica de los tres Ejércitos*” y las fuerzas navales, se entendía que dichas fuerzas se hallaban frente al enemigo “*cuando el mismo se hallare notoriamente, y constituyendo fuerza armada, en territorio, mar o aire declarado en estado de guerra o en operaciones de campaña a una distancia que haga posible de modo inmediato el combate*”. En segundo lugar, el párrafo cuarto reconocía que se estaba al frente de rebeldes o sediciosos “*siempre que a la vista de la localidad, campamento, buque o posición en que se hallare, exista cualquier grupo o fuerza armada en actitud rebelde o sediciosa, aun cuando no hubiera precedido declaración formal de estado de guerra*” y, por último, cuando en diversos preceptos del cuerpo legal referenciado se hacía indicación expresa a operaciones de campaña, se debía entender esta situación cuando las fuerzas de los Ejércitos “*residan u operen en zonas terrestres, marítimas o aéreas declaradas en estado de guerra, aunque no aparezca ostensiblemente ningún enemigo armado, así como siempre que por precaución u otra razón de Estado ordenen las Autoridades militares que las fuerzas practiquen el servicio como en campaña*”.

⁶⁷ Los dos primeros supuestos hacían clara referencia a casos de conflicto armado de tinte internacional, mientras que el tercero lo hacía en relación con conflictos internos. Así, lo reconoce SERRANO ALBERCA, en *Comentarios al Código Penal Militar*, p. 305.

oficial⁶⁸ que abandonare su destino o el punto de residencia, no estando comprendido en el capítulo primero de este título será castigado: 1º Con la pena de reclusión militar a muerte, verificándolo al frente del enemigo o rebeldes sediciosos. 2º Con la de seis años de prisión militar a veinte años de reclusión militar si lo ejecuta en operaciones de campaña fuera del caso del número anterior. 3º Con la de seis meses y un día a seis años de prisión militar en los demás casos”, concluyendo el citado precepto con un último apartado en el que se hacía constar cuando se entendía consumado el delito, en atención al tiempo transcurrido de ausencia. Así, “este delito se considerará consumado, en los casos de los números primero y segundo, a los tres días de ausencia del Oficial o Suboficial, y a los cinco días de ausencia en el caso del número tercero”.⁶⁹

Por otro lado, en lo que afecta a la deserción⁷⁰, el artículo 370 del CJM disponía que *“comete el delito de deserción el individuo de las clases de tropa o marinería, cualquiera que sea su destino, y el asimilado a las mismas clases, en los casos siguientes: 1º Cuando faltare de la unidad de su destino o lugar de su residencia por mas de tres días consecutivos, los cuales se considerarán transcurridos pasadas tres noches desde que se produjo la ausencia”*.⁷¹ No se hacía constar en el tipo básico de deserción la penalidad de la misma, toda vez que venía establecida en preceptos separados, en los que se hacía depender la pena a imponer de diversas circunstancias, las cuales se interrelacionaban unas con las otras. Así, la pena privativa de

⁶⁸ Como consecuencia de la modificación que supuso la Ley de 21 de abril de 1949 se incluyó como sujeto activo del delito de abandono de destino o residencia al Suboficial, ya que en la redacción originaria del CJM sólo se contemplaba al Oficial como posible autor del tipo penal. La propia Fiscalía Togada del Consejo Supremo de Justicia Militar, en circular de 5 de enero de 1947 entendió que los suboficiales debían quedar incluidos. A pesar de no constar expresamente en el precepto primigenio, la laguna era solventada con la aplicación del Reglamento de Suboficiales del Ejército de Tierra, de 10 de julio de 1935, que disponía, en su artículo 52, que a los suboficiales habrá que considerarlos como oficiales cuando cometieran el delito analizado.

⁶⁹ Sentencias del CSJM de 1 de junio de 1977 y 18 de octubre de 1978.

⁷⁰ El amplio espectro competencial de la Jurisdicción Militar llevaba a que ésta enjuiciase y sancionase el delito de deserción en la Marina Mercante, por aplicación del artículo 45 de la Ley Penal de la Marina Mercante, de 19 de febrero de 1942, publicada en el Boletín Oficial número 66 del mismo año. La cláusula justificativa de la extensión de la competencia era el artículo 4 por el cual *“de la incumbencia del Ministerio de Marina será: a) El ejercicio de la jurisdicción de Marina, tanto en los judicial como en lo gubernativo, en las aguas de soberanía, en las zonas marítimo-militares, a bordo de los buque de pesca y comercio y sobre el personal mercante”*. Bastante escasa fue la aplicación de este precepto, pudiendo destacar el Auto del CSJM de 30 de enero de 1963 y dos sentencias de 19 de abril de 1963.

⁷¹ Al contrario de lo que ocurre en la actualidad, el miembro de tropa o marinería que podía cometer este delito podía ser menor de edad quedando en principio intacta la responsabilidad criminal por los hechos, si bien se le aplicaba la atenuante del número 2 del artículo 185 (no tener el culpable la edad de dieciocho años). Esta circunstancia se aplicó, entre otras, en las sentencias de 17 de noviembre de 1901, 12 de diciembre de 1952 o 15 de noviembre de 1978.

libertad que finalmente quedara impuesta se haría depender de que concurriese alguno de elementos calificativos de la deserción previstos en el artículo 371 en relación con el artículo 373 (escalamiento o violencia, llevarse armas, elementos u objetos de dotación, uso de nombre supuestos, disfraz, tomar embarcación o aeronave militar para cometer la deserción, hallarse sufriendo arresto o prisión preventiva o entrar al servicio de un barco mercante nacional cuando el desertor perteneciera a la Marina de guerra)⁷²; de que se hubiese cometido el delito en tiempo de paz o en tiempo de guerra, artículo 372; de que se hubiese desertado al extranjero, artículo 374; o de que se cometiese el delito “*durante las faenas que fuesen consecuencia de un naufragio o un suceso peligroso para la seguridad del buque, aeronave o máquina de guerra en que tuviere su destino o en ocasión en que cause grave perturbación para el servicio*”, artículo 376.⁷³

Una de las principales modificaciones que supuso este instrumento normativo en relación con su antecedente inmediato, el CJM de 1890, tal y como lo expresa la Exposición de motivos, es la sustitución del plazo de las tres listas de ordenanza por el transcurso de tres días consecutivos para entender consumado el delito. Este fue uno de los factores que hizo a la doctrina científica criticar la configuración legal del delito deserción por considerarlo excesivamente objetivista, ya que la consumación del mismo se hacía depender del transcurso de los plazos fijados, siendo, en principio, indiferente la intencionalidad comisiva del sujeto activo y no teniéndose en cuenta el “*animus deserendi*”.⁷⁴

Ambas modalidades representan un verdadero abandono arbitrario que implica una interrupción voluntaria del militar del deber de presencia en la unidad donde efectivamente desempeña sus funciones, situándose en una posición tal que perjudica seriamente su servicio encomendado en tanto que no puede llevarlo a la práctica como de él se espera, en definitiva, en esta modalidad la punición encuentra su basamento legal en el hecho de que el sujeto activo accede a una situación de global incumplimiento de todos los deberes que le son inherentes por su pertenencia a las

⁷² Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, de 24 de enero de 1957, por el que se castiga al reo por un delito de deserción al extranjero hallándose cumpliendo arresto; sentencias de 7 de mayo de 1947 y 8 de octubre de 1948, deserción con escalamiento.

⁷³ DE QUEROL Y DURAN, *Principios...*, p. 548, ya dejaba entrever los problemas concursales a los que se podía enfrentar el delito de deserción, básicamente el delito de fraude al llevarse el desertor vestimenta o efectos de los Ejércitos que superase la cuantía prevista en el Código Penal Común vigente, de 1944. Véase la Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, de 1 de febrero de 1957.

⁷⁴ RUBIO TARDIO, *La Deserción*, en este artículo el autor critica el sistema objetivista de la deserción, tal y como venía regulada en el CJM, lo que conllevaba una situación de “*anarquía legislativa, que hace complicadísima su aplicación tal y como lo demuestra la jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar*”. Además, por criterio de política criminal y de técnica legislativa, no veía razón alguna por la cual se establecieran diferencias entre la deserción y el abandono de servicio y, además, consideraba que deserción y abandono de destino debían estar en capítulos separados, por su distinta naturaleza y peligro.

Fuerzas Armadas. Es, por ende, un delito de acción, de contenido positivo, que exige el efectivo abandono.⁷⁵

Desde esta perspectiva, son varias las distinciones que se pueden hacer entre la normativa actual y la regulación contenida en el CJM, antecedente legal inmediato del CPM. Así, la primera de ellas se centra en el sujeto activo del delito, ya que frente al actual artículo 119 donde aquel puede ser cualquier militar profesional, en el CJM se mantenía la distinción entre Oficiales y Suboficiales y los miembros de tropa y marinería, así como los asimilados a éstos. Así, bajo el *nomen iuris* de abandono de destino o residencia, sólo se incluían las conductas protagonizadas por Oficiales y Suboficiales del Ejército, dejando fuera de la definición del sujeto activo del delito a los miembros de tropa, ya que a éstos les quedaba reservado el delito de desertión.

Del mismo modo, en el abandono de destino o residencia del artículo 365 del CJM se diferenciaban tres hipótesis: que el abandono se llevara a cabo frente al enemigo o rebeldes sediciosos, que se produjera en operaciones de campaña no incluidas en los casos anteriores o bien que se produjera en tiempo de paz. Estos supuestos no se mantenían exactamente igual para el delito de desertión, si bien el artículo 375 contemplaba la agravación del tipo básico como consecuencia de un elemento espacio-temporal como era el hallarse frente al enemigo o ante rebeldes o sediciosos, ni tampoco han llegado al precepto actual, puesto que el artículo 119 y el artículo 120 se limitan a añadir al final de la formulación legal una agravación específica en cuanto que el ilícito penal se halla cometido en tiempo de guerra. Tampoco ha permanecido en la normativa actual la consideración agravatoria específica de la desertión al extranjero, si bien no es menos cierto que esta tipificación legal venía fundamentada, desde la perspectiva histórica de apreciación, en la existencia del llamado “Ejército de Africa”, donde las desertiones a territorio extranjero fueron, por otro lado, bastante numerosas.⁷⁶

Otra de las diferencias más notables que pueden apreciarse al compararse los dos regímenes jurídicos es la de la penalidad.⁷⁷ Así, mientras que el CJM manejaba unas horquillas punitivas demasiado amplias en cada delito y dentro del mismo en cada

⁷⁵ DE QUEROL Y DURAN, *Principios...*, p. 538.

⁷⁶ Sentencias del CSJM de 24 de enero de 1957, 8, 10 y 31 de octubre de 1958, 30 de enero y 29 de mayo de 1959, 3 de febrero de 1965, 3 de junio y 16 de octubre de 1974.

⁷⁷ BLAY VILLASANTE, F., *Privilegios y Limitaciones en la Leyes sancionadoras militares*, en REDM, número 55, enero-junio 1990, pp. 37 y 38. En este artículo analiza las pautas y principios que rigen la punibilidad de las conductas delictivas militares. Ceñido al CJM de 1945, describe el carácter de la pérdida de empleo, de la separación del servicio, de la suspensión de empleo..., expone la dureza de las penas militares en relación con conductas típicas que en principio no revisten gravedad y viceversa, recoge la negativa a la suspensión de condena al militar en activo y los efectos económicos que las medidas administrativas anudadas a la sanción penal podían acarrear al autor de un delito castrense.

modalidad prevista, el actual CPM las sitúa, en el tipo básico de abandono de destino y residencia de tres meses y un día a tres años, y en tipo agravado en tiempo de guerra, en la pena de tres a diez años. Las penas en el CJM eran privativas de libertad con la excepción del abandono de destino cuando se verificaba al frente del enemigo o de rebeldes o sediciosos que llevaba acarreada la pena de reclusión militar a muerte. De cualquier de las maneras, el sistema punitivo diseñado se caracterizaba por la excesiva gravedad de las penas y el amplio margen de discrecionalidad judicial dentro del cual los órganos sentenciadores podían moverse⁷⁸.

En materia de los plazos de consumación delictiva también se puede apreciar, sin dificultad, fundamentalmente dos diferencias sustanciales, sin perjuicio de que la potestad del Gobierno y los Generales en Jefe de los Ejércitos para poder reducir los plazos de consumación únicamente en “*tiempo de guerra o en territorio declarado en tal estado*” no ha alcanzado la regulación de hoy en día. Dicha potestad, con origen en el CJM de 1890, venía recogida en el artículo 368, para los supuestos de abandono de destino o residencia, y en el artículo 379, para la desertión. La técnica jurídica utilizada a estos efectos era el Bando Militar, en cuanto que ley delegada a determinadas Autoridades Militares, las cuales podían dictarlos libremente, pero con dos límites infranqueables: no podían crear nuevas figuras delictivas y no podrían suponer la aparición de penas distintas a las recogidas en el catalogo del artículo 138 del CJM.⁷⁹

Por un lado, el abandono del artículo 365, es decir el reservado en su comisión para Oficiales y suboficiales, quedaba consumado en los dos primeros supuestos con el transcurso de tres días, en el tercero de los casos, en tiempo de paz, el plazo aumentaba hasta cinco días. En el actual artículo 119, el plazo sólo es de tres días para oficiales y suboficiales en tiempo de paz, mientras que en tiempo de guerra queda restringido a un plazo de apenas veinticuatro horas.

Por otro lado, la desertión del artículo 370 quedaba consumada por el miembro de tropa o marinería que abandonaba su unidad por un periodo de tres días consecutivos, conllevando distinta pena según se estuviese en tiempo de guerra o paz. Se puede colegir de la interpretación literal de ambos preceptos que, en primer lugar, había una distinción, quizás justificada en el momento histórico en el que se ciñe el CJM⁸⁰, entre los cinco días de ausencia del oficiales y suboficiales y los tres días

⁷⁸ Así, lo considera CEREZO MIR, en *Curso de Derecho Penal español. Parte General. Introducción. Teoría General del Delito*, editorial Tecnos, Tercera Edición, Madrid 1985.

⁷⁹ En este sentido, véase a OTERO GOYANES, *Los Bandos de guerra*, en REDM, pp. 9 a 28 núm., 1957, donde distingue los Bandos dictados en estado de guerra de los dictados en caso de guerra, analiza quién puede dictar Bandos, cuál es su esfera de aplicación y vigencia, si pueden o no crear delitos y penas y, finalmente, analiza los problemas que pueden dimanar en orden a la participación y ejecución del delito, así como a la competencia del orden jurisdiccional sobre los mismos.

⁸⁰ La justificación de la disparidad de los plazos de consumación debe buscarse no sólo en realidad histórica del momento en que se promulga y adquiere vigencia normativa el CJM, realidad que se carac-

para la tropa, a los efectos de entender consumado el tipo de lo injusto, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 431 del CJM que sancionaba como falta disciplinaria la primera deserción en territorio nacional o del Protectorado o Colonias en tiempo de paz siempre que se “*presentase espontáneamente a las Autoridades dentro de los quince días siguientes a su consumación*”.⁸¹

II. Modalidad impropia

El artículo 366 establecía que

“el oficial o suboficial que sin causa legítima dejare de incorporarse a su destino o de presentarse en el lugar en que se le haya fijado su residencia incurrirá: 1º En la pena de seis años de prisión militar a veinte de reclusión militar o pérdida de empleo, si hubiere sido destinado a operaciones de campaña. 2º En la de seis meses y un día a seis años de prisión militar o separación del servicio, en tiempo de guerra. 3º En la de seis meses y un día a un año de prisión militar, en tiempo de paz. Este delito se considerará consumado, en los casos de los números primero y segundo, a los tres días del que el Oficial o Suboficial deba hacer su presentación⁸², y a los diez días en el del número tercero”.

terizaba por la existencia del militar de reemplazo y una extensa gama de oficiales y suboficiales, quienes se encuadraban en múltiples escalas y cuerpos, sino también en una mera consecuencia de carácter sociológico que bien definió DE QUEROL Y DURAN, *Principios...*, cit., p. 533, al decir que “*el oficial que abandona su destino o residencia podrá ser más responsable, si se quiere, que el soldado o marinero en la realización de un acto que le pone en situación de incumplir conjuntamente todos sus más ineludibles deberes de honor; pero, al delinquir, a buen seguro que no tenía un ánimo igual. A él la carrera de las armas no le ha sido impuesta, sino que la eligió libremente. Con gran probabilidad no ha perdido su vocación profesional*”. No sólo fue utilizado el argumento de la mayor responsabilidad del Oficial o Suboficial respecto del soldado o marinero, ni tampoco el hecho de que estos últimos vinieran reclutados forzosamente, el autor también puso de manifiesto un argumento de tinte práctico y, cuando menos curioso. Así, admitiendo que “*generalmente*”, el Oficial y Suboficial no tienen propósito de dejar definitivamente su profesión, ¿Qué razón habría para abandonar el destino o residencia si pueden acogerse a situaciones administrativas –véase retiro o separación del servicio– por las que puedan variar de profesión y “*orientar en sentido nuevo su futura vida*”?

⁸¹ A los efectos de comprender el diseño normativo del régimen disciplinario militar del CJM de 1945, véase RODRIGUEZ DEVESA, *La acción penal y la acción disciplinaria en el Derecho Militar Español*, en REDM, número 7, enero-junio de 1959, pp. 73 a 105; GRATIEN GARDON, *Relaciones entre la acción penal y acción disciplinaria y límite respectivo de las dos acciones*, en REDM, número 8, julio-diciembre, 1959, pp. 9 a 24. Asimismo, sentencias del CSJM de 5 de febrero y 26 de marzo de 1958 aplicando este artículo 431.

⁸² Estos plazos de incorporación venían contemplados en normativa sectorial para cada uno de los tres Ejércitos. Así, para el Ejército de Tierra, la Orden de 1 de julio de 1952, publicada en el Boletín Oficial número 185 de ese mismo año y la Orden de 17 de julio de 1956 publicada en el Diario Oficial del Ejército número 162; para el Ejército de Aire, la Orden de 6 de diciembre de 1955, publicado en el Boletín Oficial del Aire número 142 y, finalmente, para la Armada, la Orden de 30 de mayo de 1949, publicada en el Diario Oficial número 123.

En lo tocante al delito de desertión, el apartado segundo del ya citado artículo 370 disponía que se consideraría cometido “*cuando hallándose con licencia temporal o ilimitada, o en marcha de un punto a otro, no se presentare a sus Jefes en el lugar de su destino o a la Autoridad militar que corresponda o que exista o, en su defecto, se ponga a disposición de la consular, después de transcurridos tres días contados desde aquel en que deba hacer su presentación*”.⁸³

En estos supuestos, ya no estaríamos ante un delito de acción, sino ante uno de omisión, puesto que la acción típica supone la incomparecencia injustificada al lugar de destino o de residencia, implica una abusiva y arbitraria prolongación de un estado, que en su origen pudo ser legítimo y justo, pero que, una vez transcurridos los plazos reseñados, entra de lleno en la esfera de represión penal.⁸⁴ Al igual que en las modalidades propias, se trata, además, de un delito permanente, el cual se consuma desde el momento del cumplimiento de los plazos legalmente marcados y cuya consumación se va perfeccionando en el tiempo, perdura y continúa hasta que se pone fin al abandono, estando también incluido en la categoría de delitos de duración, por cuanto que se incluye un elemento típico, cual es el transcurso de un plazo a partir del cual el delito se entiende consumado, plazos que, por otro lado, vienen recogidos por razones estrictamente de política criminal.⁸⁵

En lo que atañe a la parte subjetiva del injusto penal tanto de la modalidad propia como de la impropia, se requería la concurrencia de dolo específico, que implicara la voluntaria sustracción al cumplimiento de los deberes militares.⁸⁶ Esta concepción automática que manejaba el CJM en cuanto a la consumación delictiva, por la cual bastaba el transcurso del plazo para entender cometido el abandono o la desertión, fue criticada por la doctrina, ya que se medía con el mismo rasero aquel supuesto en que el sujeto activo abandonaba su destino o residencia con clara inten-

⁸³ Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, de 5 de junio de 1957.

⁸⁴ No deja de ser curiosa la apreciación que hace QUEROL Y DURAN, en *Principios...*, en su p. 539, donde considera que en estos delitos, en sus distintas modalidades, “los actos realizados hasta el momento de cumplirse los plazos no merecen más consideración que la de actos preparatorios”, obviamente, sin perjuicio de que hasta que llegase la consumación delictiva, ese abandono sería constitutivo de falta disciplinaria.

⁸⁵ RUBIO TARDIO, *La desertión*, p. 34, indica que “según tenemos afirmado la desertión es un delito permanente y, por tanto, de resultado en el que caben formas imperfectas de ejecución”. En el artículo reseñado, deja apuntada la polémica acerca de si el delito de abandono o desertión es de simple actividad o en cambio de resultado. Más adelante en el trabajo se analizará la naturaleza jurídica del mismo.

⁸⁶ Así, en la sentencia del CSJM, de 14 de marzo de 1958, se reconoce que “*al estribar el delito de desertión, en su concepto jurídico y aun en el gramatical y etimológico en el abandono de las banderas por el culpable con el propósito de incumplir el deber patriótico del servicio de las armas, requiere la producción de dicha figura punitiva el dolo específico de ausentarse de filas con la finalidad de alejarse de ellas, por lo que la exteriorización de esta conducta antijurídica corridos los plazos que determina el artículo 370 del CJM ha de asentarse necesariamente en el móvil malicioso de apartarse del Cuerpo, Servicio o Institución armada en general a que el individuo de tropa haya sido adscrito...*”.

ción de hacerlo definitivamente, de aquel que lo hacía –cualquiera que fueren los motivos– con el deseo de reintegrarse en la unidad de destino o su lugar de residencia. Este problema de aplicación de la norma ha sido solventado en la legislación actual tanto con el uso del adverbio modal “injustificadamente” del artículo 119 del CPM y con el “ánimo de sustraerse permanentemente al destino” del artículo 120.⁸⁷

III. Modalidades especiales

El artículo 367, por su lado, establecía que “*incurre en la misma responsabilidad prevista en el artículo anterior el Oficial o Suboficial que al recobrar su libertad como prisionero de guerra deje de presentarse a las Autoridades competentes en el plazo de diez días, si se hallare en territorio nacional. Si se hallare en territorio extranjero, empezará a contarse el mismo plazo de diez días después de no haber puesto los medios que tuviere a su alcance para regresar a su patria, o, de no ser posible, para ponerse a disposición de la Autoridad diplomática o consular, cualquiera que fuese el medio que a tal fin utilizase en relación con las circunstancias del momento*”.⁸⁸ Paralelamente a este supuesto y con un tenor literal parecido al transcrito, el artículo 380, en su apartado cuarto, contemplaba la misma conducta en tanto que cometida por un miembro de tropa o marinería.

Dentro de estas modalidades específicas, también debe ser reseñado la deserción mediante “*complot*”, tal y como la regulaba el artículo 378, donde, en principio, el autor sería castigado por un delito de sedición “*a no ser que por la deserción le correspondiere mayor pena*”.⁸⁹

⁸⁷ En este sentido conviene matizar la afirmación que hace HERNANDEZ SUAREZ-LLANOS, en *Estudio criminológico...*, p. 118, al decir que “... el CPM no requería en el sujeto Oficiales y Suboficiales la intención de tornar al servicio de las armas a que venía obligado, sustituyendo esta exigencia subjetiva por una presunción “*iuris et de jure*” de dicha intención”. Verdaderamente, no es que no se exigiese la voluntad de reincorporarse al destino o residencia, ya que si esta voluntad era deducida por actos firmes e inconcusos, el órgano sentenciador tenía la capacidad para poder individualizar la pena a imponer a tenor de circunstancias como éstas. El problema venía dado por la inexistencia de diferenciación en el propio tipo delictivo, como actual sí se reconoce, del elemento subjetivo que implica el querer o no reincorporarse. Desde las perspectiva del delito deserción, esta nula distinción llevó a dictar sentencias contradictorias y la propia doctrina estimó que la intención criminal debía sustentarse sobre la base de una presunción *iuris tantum*. Así, RUBIO TARDIO, *La deserción*, pp. 26 y 27.

⁸⁸ Los motivos por los cuales el legislador consideraba de pertinente punición las conductas descritas en este precepto se basaban en el cumplimiento de los deberes “*que si en cualquier ciudadano son inexcusables para con la Patria, con mayor rigor debe estimarse que lo son para aquellos que voluntariamente solicitaron y obtuvieron el honor de formar parte de las Instituciones Armadas*”, tal y como lo reseña en uno de sus fundamentos de derecho la Sentencia de 25 de febrero de 1949.

⁸⁹ Como correlato a este precepto debe tenerse en cuenta la tipificación del delito de sedición en los artículos 295 a 305 del CJM y de los artículos 91 a 97 del CPM.

Por ultimo, como medida de ejecución netamente administrativa común a los artículos referentes al abandono de destino o residencia, y no al de desertión, el artículo 368 disponía que “*en todos los casos a que se refieren los artículos anteriores, el Oficial o Suboficial que dejase transcurrir dos meses sin justificar debidamente su situación, será dado de baja administrativamente en el Ejército, sin perjuicio de la resolución que recayere en el procedimiento ni de la rehabilitación administrativa a que en su día pudiera haber lugar*”.⁹⁰

5. La constitucionalización del Derecho Penal Militar⁹¹

El advenimiento del régimen constitucional dio entrada a un profundo proceso de reforma de la jurisdicción castrense, el derecho penal militar y, en general, del modelo vigente de Fuerzas Armadas. Antes de la promulgación del texto constitucional, ya se produjo la primera reforma legislativa al efecto, que vino dada en la forma de Real Decreto Ley 45/1978, de 21 de diciembre por el cual se abolió la pena de muerte en determinados casos de tiempo de guerra.⁹² Con posterioridad, la Ley 8/1980⁹³, fue el gran baluarte de la constitucionalización de la justicia militar a través de una gran labor de modificación y adaptación del CJM de 1945.⁹⁴

⁹⁰ La baja administrativa en el Ejército venía regulada en la Orden de 4 de febrero de 1943, publicada en el número 19 de la Colección Legislativa y en la propia Exposición de Motivos del CJM se indica que esta modificación administrativa por no haberse presentado en dos revistas administrativas siguientes al abandono o incomparecencia, “se aplicará con independencia de la sanción penal que proceda imponerle.” En este sentido, se dictó informe por parte del Fiscal Togado que hizo suyo el Consejo Supremo de Justicia Militar, en sesión de 8 de mayo de 1952, en el que se dejaba constancia del tinte netamente administrativo de este precepto por lo que sólo correspondía a la Administración llevar a cabo la rehabilitación del oficial o suboficial absuelto, si bien teniendo como base justificativa el Auto de sobreseimiento firme o, en su caso, la sentencia firme. El citado informe viene recogido en REDM, pp. 150 y 151, número 4, 1957.

⁹¹ Por lo que afecta a la adaptación de las FAS a las exigencias constitucionales, puede consultarse las siguientes obras: TRILLO-FIGUEROA, *Las F.A.S. en la Constitución española (Esbozo de una construcción institucional)*, en REP núm. 12, Madrid, 1979; CASADO BURBANO, *Las F.A.S. en la nueva Constitución española*, en RDP, núm 74, Madrid 1979. Ambos artículos doctrinales han sido transcritos en la REDM. Números 36 y 38. También LOUSTAU FERRÁN, *Las F.A.S. y la Constitución*, en Revista de Aeronáutica y Astronáutica, núm. 479, Madrid, 1980.

⁹² ALEJANDRE, J.A. *En el cincuentenario de la abolición de la pena de muerte. Notas sobre una breve experiencia histórica*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, IV/1981, oct.-dic., pp. 15 a 22.

⁹³ Los precedentes parlamentarios de esta disposición vinieron constituidos por la Proposición de ley sobre derogación del artículo 6º del CJM (publicado en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 41, de 12 de abril de 1978), el Proyecto de ley de reforma del CJM (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie A, nº 46, I legislatura, en lo que se refiere al texto del proyecto, el informe de la Ponencia, el dictamen de la Comisión y Enmiendas, la aprobación por el Pleno, y la aprobación definitiva en el Congreso; el debate de la Comisión de Justicia en el Pleno del Congreso se publicó en el Diario de Sesiones 97, 99, 100 y 101; el debate de las enmiendas introducidas por el Senado se publicó en el Diario de Sesiones núm. 122;

5.1. Proyecto de Ley del Código Penal Militar, de 12 de noviembre de 1984⁹⁵

En el anteproyecto de Código Penal Militar surgió una línea argumental, encabezada por MILLÁN GARRIDO⁹⁶, de carácter abolicionista, por la que se pretendía la supresión de la dualidad que ya se ha mencionado entre el delito de abandono de destino y/o residencia y el delito de desertión. Esta postura doctrinal se apoyaba en la necesidad de suprimir esta distinción al estar basado en un criterio meramente objetivo y formal cual era el carácter del sujeto activo del delito, bien por que fuera Oficial, Suboficial o personal asimilado, bien porque fuera personal de las clases de tropa y marinería. En vez de este criterio objetivo se pretendía la instauración de un criterio espiritualista y esencialmente subjetivo e intencional. Así, la diferenciación entre el abandono de destino y/o residencia y la desertión vendría dada, no por el carácter del sujeto activo, sino por la intención de sustraerse permanentemente al destino.

Estas tesis supresoras de la distinción reseñada no triunfaron en el Proyecto del CPM. En la Exposición de Motivos del citado Proyecto se establecía la importancia del delito de desertión desde la óptica criminológica al ser un delito, aun entonces, de más que frecuente comisión. Se barajaban dos posibles ejes comisivos. Uno, de tinte objetivo, estricto, formalista y con menos dificultades probatorias añadidas como era el mero transcurso del plazo legalmente fijado de injustificación. Otro, de carácter subjetivo, material y con más dificultades probatorias, cual era la intención de sustraerse permanentemente al destino.⁹⁷

respecto al Senado, se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie II, nº 109, I legislatura, el texto remitido por el Congreso de los Diputados, las enmiendas al proyecto, el informe de la Ponencia, el dictamen de la Comisión y las enmiendas aprobadas por el Senado. Por último, en el Diario de sesiones núm. 77 consta el debate del dictamen de la Comisión en el Pleno del Senado.

⁹⁴ MILLÁN GARRIDO, *Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las Leyes penales militares por la Ley Orgánica 9/1980, de Reforma del Código de Justicia Militar*, en Revista de Derecho Público, núm. 87, abril-junio, 1982.

⁹⁵ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, II legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 12 de noviembre de 1984, núm. 123-I, pp. 1287 y siguientes.

⁹⁶ GARCÍA LABAJO, *Comentarios..* p.1476. Se incluye como nota a pie de página (13) una referencia a la memoria presentada por el entonces Comandante Auditor MILLÁN GARRIDO en la Comisión para el Estudio y reforma de la Justicia Militar Sección Penal que literalmente transcribo: “*Sujeto activo tanto de la desertión como de la ausencia injustificada puede serlo cualquier militar, con lo que pone fin al dualismo desertión-abandono de residencia tradicional en nuestro Derecho histórico y acogido por alguna legislación iberoamericana, pero que no cuenta en su favor con argumentos sustanciales definitivos, lo que reiteradamente se ha señalado en nuestra doctrina. Podría pensarse en una agravación específica para la desertión del Oficial o del militar profesional en general, como hace algún ordenamiento, pero mi opinión al respecto es negativa*”.

⁹⁷ Textualmente el Proyecto establecía que “*Dentro del Capítulo III se incluye el importantísimo delito de desertión, objeto de fórmulas especificadas en varias Secciones, que se agrupan bajo la rúbrica del Capítulo: Delitos contra los deberes de presencia y prestación del servicio militar. El delito de desertión que incuestionablemente cubre la mitad del espacio criminológico reflejado en las estadísticas*

Hasta aquí, incluso se podría llegar a pensar que las tesis abolicionistas no habrían fracasado del todo, pero el siguiente párrafo de la Exposición de Motivos da al traste con dicha teoría y vuelve a dejar claro el mantenimiento de las tesis dualistas. Lo hace con el siguiente tenor literal: *“En base a la tradición hispánica sobre el particular, se mantiene la distinción entre la ausencia ilegítima del Oficial, Suboficial o asimilado, llamada delito de abandono de destino o residencia, y la ausencia del militar que no tiene esas categorías, llamada delito de desertión; regulándose ambos en secciones aparte y dando al primero plazos de tolerancia más amplios, aunque por lógica contrapartida, las penas sean más graves cuando se trate de Oficial. Por los demás, la acción antijurídica tipificada es la misma en ambos casos”*. No deja, por tanto, lugar a dudas, que las tesis supresoras no triunfaron en la fase prelegislativa.

El panorama normativo quedaba establecido de la siguiente manera. Se tipificaba el abandono de destino y/o residencia como delito reservado en su comisión a los Oficiales, Suboficiales y personal asimilado, por una acción típica consistente en ausentarse en su unidad, destino o lugar de residencia por un periodo superior a cinco días o dejar de presentarse, pudiendo hacerlo, durante el mismo plazo de tiempo⁹⁸. Por otro lado, la desertión quedaba limitada a su comisión a los miembros de las clases de tropas que llevaran a cabo esta misma conducta típica, pero, en caso de que se demostrara la intención de sustraerse permanentemente al destino, era indiferente a los efectos de la consumación del delito el transcurso del término marcado.⁹⁹ La “desertión-base”, como la definía el Proyecto, se sustentaba sobre el crite-

castrenses, ofrece una distinta faz según se destaque o no el que la ausencia injustificada conlleve la intención de sustraerse permanentemente al deber de prestar el servicio militar; es decir, según se exija o no ese ánimo especial, o se opte por el criterio formalista u objetivo de mera fijación de plazos para que la ausencia del militar sea delictiva, sin que comporte dificultades de prueba la exigencia de ese especial “ánimo”, que vendría a caracterizar la desertión propiamente dicha frente a la ausencia injustificada simplemente montada sobre el transcurso del tiempo exigido. Como de las dos clases de ausencia hay eco en la Ley y, sobre todo, como en el Capítulo hay otras muchas figuras en las que hay ánimo de quebrantar el deber de prestar el servicio militar y no sólo el de la presencia en filas, la rúbrica del Capítulo abarcará las dos conculcaciones del deber de presencia y del de prestación del servicio militar”.

⁹⁸ El artículo 118 del Proyecto establecía que *“El Oficial, general o particular, Suboficial o asimilado que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de cinco días o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempos de guerra, la ausencia por más de dos días será castigada con la pena de prisión de tres a diez años”*.

⁹⁹ El artículo 119 recogía el delito de desertión describiéndolo de esta manera: *“Comete desertión el militar no comprendido en el artículo anterior que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia o no se presentare a sus Jefes o a la autoridad militar, que corresponda o exista, pudiendo hacerlo, transcurrido el plazo de tres días, que se entenderá cumplido pasado tres noches desde que se produjo la ausencia. En tiempos de guerra, se consumará la desertión a las veinticuatro horas. El desertor será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. En tiempos de guerra, se impondrá la pena de dos a ocho años. Las mismas penas se impondrán en aque-*

rio automático y formalista de los plazos, como regla general. Frente a ésta, sólo se contaba con la sola excepción de que no se presentaran dudas acerca de la prueba de la intencionalidad de sustraerse permanentemente al servicio, en cuyo caso el criterio objetivo decaía en aplicabilidad y, aún sin su concurrencia, la deserción se entendía que había alcanzado su consumación. Donde en cambio se han introducido modificaciones amplias es en la eliminación del complejo sistema de circunstancias calificativas, suprimiéndose el consignar las que representen en realidad delitos concurrentes y relegando otras a las normas de carácter general. Aparte de la clásica distinción entre tiempo de paz y de guerra, sólo se recogen en sección aparte, como quebrantamientos especiales del deber de presencia: la ausencia frente al enemigo, la ausencia en circunstancias peligrosas, la incomparecencia a bordo y la falta a concentración”.

Ya en la propia Exposición de Motivos se indica que la no se trata tanto de una reforma al estilo de la Ley 9/1980 sino más bien de la creación de un nuevo Código Penal que refleje “debidamente los principios constitucionales, el de especialidad de la Jurisdicción militar y los progresos ofrecidos, tanto por la moderna ciencia jurídico penal como por el derecho comparado de familias jurídicas afines, pertenecientes a nuestro ámbito cultural; y esto último, no por novedad o mimetismo, sino por lógicos imperativos de mejora y aun de una deseable coordinación de estructuras jurídicas, paralela o congruente con la coordinación de otras estructuras militares nacionales, nacida de alianzas o acciones combinadas”.

5.2. El Código Penal Militar de 1985

Iniciada la transición a un régimen democrático bajo los auspicios del recién promulgado texto constitucional, la aplicación de las disposiciones del CJM de 1945, con las reformas a las que se ha hecho referencia, fue dejando de manifiesto la existencia de ciertas deficiencias de técnica jurídica. Dichos defectos prácticos tuvieron como consecuencia que se empezara a barajar la opción de un nuevo código penal militar que solventara los mismos y, fundamentalmente, la falta de coordinación y enlace entre las normas castrenses y las recogidas en la legislación penal común.¹⁰⁰ La propia Ley Orgánica 9/1980, en sus Disposiciones Finales, estableció la necesidad de promulgar un nuevo texto o textos legales en los que quedara perfilada la nueva regulación de la Justicia Militar pero, ahora, acorde con los principios constitucionales que regían en proceso de formación legislativo. Así, una vez que, en la Disposición Final Primera, se preveía la creación de una Comisión para el estudio y

llos supuestos de ausencia injustificada en los que, aún no habiéndose cumplido los plazos señalados en el párrafo primero, la intención del militar fuera la de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus deberes castrenses”.

¹⁰⁰ CASADO BURBANO, *Comentarios...*, p. 42.

reforma de la Justicia Militar¹⁰¹, en la Disposición Final Segunda se prescribía que *“Será misión de la Comisión; elaborar un proyecto articulado del Código o Códigos referentes a la Justicia Militar antes de un año, a partir de su constitución, en el que se reflejen debidamente los principios jurídicos del orden constitucional nacional, la autonomía y especialidad de la Jurisdicción Militar equilibradamente ponderada con la unidad procesal y sustantiva del ordenamiento jurídico y el sistema del poder judicial, así como el progreso comparado de los de la orgánica judicial militar de los Ejércitos extranjeros de más asidua relación”*. Fruto de ello, se promulgó y publicó el Código Penal Militar de 1985.

En un principio, el Capítulo III bajo el epígrafe de “Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar” se estructuró de la siguiente forma. La Sección primera quedaba reservada a los delitos de abandono de destino o residencia, donde se tipificaba el abandono de destino o residencia en el artículo 119 y la Sección Segunda abarcaba el delito de desertión en el artículo 120.¹⁰²

En lo que atañe al primero de los citados establecía que *“El Oficial General, Oficial, Suboficial o asimilado que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación será castigado con la pena de tres meses y un día de prisión. En tiempo de guerra, la ausencia por más de veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a diez años”*.

Respecto a la desertión, el texto legal en su redacción originaria sancionaba que *“Comete desertión el militar no comprendido en el artículo anterior que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia o no se presentase a sus Jefes o a la autoridad militar, que corresponda o exista, pudiendo hacerlo, transcurrido el plazo de tres días, que se entenderá cumplido pasadas tres noches desde que se produjo la ausencia. En tiempo de guerra, se consumará la desertión a las veinticuatro horas. El desertor será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años. Si en tiempo de paz el desertor se presentara espontáneamente a las Autoridades dentro de los quince días siguientes a la consumación de la desertión, será sancionado con la pena inferior en grado”*.

Del tenor de ambos preceptos se puede concluir que la definición típica de los delitos contra el deber de presencia no varió sustancialmente de aquella que había

¹⁰¹ La Ley Orgánica establecía que dicha Comisión se creaba “para la elaboración de un plan de informes y anteproyectos relativos a la Reforma Legislativa de la Justicia Militar y la reordenación y modernización de la misma y bajo la autoridad del Ministerio de Defensa”.

¹⁰² Se deja al margen del trabajo los quebrantamientos especiales del deber de presencia que ocuparon en la redacción original la Sección Tercera, conteniendo los artículos 121 a 124, y la Sección Cuarta, con los artículos 125 a 128, que regulan los delitos de inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio militar y la negativa a cumplirlo.

venido imperando desde el periodo codificador. A pesar de que el casuismo abrumador de otros textos legales había desaparecido en el nuevo código, no es menos cierto que las tesis supresoras siguieron imponiéndose. La distinción entre el abandono de destino o residencia y la deserción seguía marcándose en términos de calidad del sujeto activo del delito, ya que se mantenía la misma acción típica y el mismo plazo de consumación delictiva.¹⁰³

Donde más diferencias se hacían notar era desde la perspectiva penológica. El legislador estableció penas mayores para el artículo 119 que para el artículo 120, aumentando, en tiempo de paz, el límite máximo de la pena a imponer por razón de responsabilidad en el ejercicio del cargo desempeñado –tres meses y un día a tres años para el primero y tres meses y un día a dos años para el segundo–. Lo mismo ocurría en tiempo de guerra donde el artículo 119 marcaba una horquilla penal de tres a diez años, mientras que la deserción la reducción en ambos extremos en una pena de dos a ocho años.

5.3. Modificaciones sustantivas y breve referencia al panorama legislativo actual

Estos preceptos fueron modificados sustancialmente por la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar. El legislador aprovechó la ocasión que la brindaba la promulgación de una Ley Orgánica, con las garantías previstas en el artículo 81 de la Carta Magna, para introducir modificaciones en los dos preceptos anteriores e introducir uno de nuevo cuño. El marco constitucional de las Fuerzas Armadas unido a los principios de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, hicieron necesario un nuevo régimen jurídico para el personal de reemplazo. Del mismo modo que en este texto legal adquiría la cristalización definitiva y necesaria de los derechos fundamentales aplicados al soldado de reemplazo, se optó, si bien en la Disposición adicional octava, por modificar los preceptos penales y disciplinarios que pudieran verse afectados.¹⁰⁴

¹⁰³ En la redacción original del Código, el artículo 120 seguía manteniendo la atenuante específica de presentación espontánea, tradicional en el periodo codificador, que posteriormente fue suprimida por la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, que, como se verá, modificó el diseño legislativo de estos delitos. El párrafo tercero del artículo 120 disponía que “*Si en tiempo de paz el desertor se presentara espontáneamente a las Autoridades dentro de los quince días siguientes a la consumación de la deserción, será sancionado con la pena inferior en grado*”.

¹⁰⁴ La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/1991 establecía que “*La aplicación de esta Ley, por cuanto, tiene de innovador respecto a la situación anterior, requiere, asimismo, la revisión y reforma del Código Penal y de las Leyes penales, procesales y disciplinarias militares para dar una nueva regulación en ellas a determinados tipos y figuras que afectan al personal que cumple el servicio militar, lo que unido a los artículos que se refieren a los derechos fundamentales del militar de reemplazo hacen necesario que la presente Ley, de conformidad con la Constitución, tenga el rango de orgánica*”.

Las modificaciones legales afectaban al delito de abandono de destino o residencia del artículo 119 y al de deserción del artículo 120. Los cambios eran de tal calado que suponía la abolición de las tesis supresoras que hasta entonces había imperado y se instalaba en el ordenamiento penal castrense un criterio diferenciador de ambos delitos que ha pervivido hasta el tiempo presente.

Así, el artículo 119 mantenía el mismo tenor literal si bien se modificaba la definición típica del sujeto activo del tipo. Ya no era el Oficial General, Oficial, Suboficial o asimilado, sino que, ahora, el posible autor de este delito era, simplemente, el militar profesional.¹⁰⁵ Este precepto, tras la modificación, quedaba perfectamente engarzado con la definición del artículo 8 del CPM, a cuyos efectos establece:

*“A los efectos de este Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que: 1º) Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas. 2º) Con carácter obligatorio se hayan incorporado o ingresen como voluntarios en el servicio militar, mientras se hallen prestando el servicio militar; mientras se hallen prestando el servicio en filas. 3º) Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas militares. 4º) Presten servicio activo en las Escalas de Complemento y de Reserva Naval o como aspirantes a ingreso en ellas y 5º) Con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno”.*¹⁰⁶

El otro precepto modificado, el artículo 120, respecto a la deserción, quedaba diseñado legalmente de un modo novedoso, ya que cometería el delito reseñado “el

¹⁰⁵ En el momento de la entrada en vigor de la Ley 13/1991, la normativa de personal militar que se hallaba vigente era la Ley 17/1989, de 19 de julio, regulador del Régimen del Personal Militar Profesional. En el artículo 3 del citado texto legal se establecía quiénes se consideraban militares profesionales. Así, serían “los militares de carrera, que constituyen los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas” y “los militares de empleo, que adquieren compromiso mediante una relación de servicios de carácter no permanente”. También se incluían dentro del objeto de la norma los alumnos de centros docentes de formación y, respecto a la Guardia Civil, el artículo 4 dispuso que “los miembros de la Guardia Civil, por su condición de militares, están sujetos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas, a las leyes penales y disciplinarias militares así como a su normativa específica”.

¹⁰⁶ MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, *Comentarios...*, pp. 218 y 219. Reconoce, analizando este artículo 8 del CPM, que es una disposición jurídica incompleta, que define funcionalmente al militar y que puede calificarse este precepto como una disposición de incidencia en la delimitación de la competencia de la Jurisdicción castrense.

militar que con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares se ausentarse de su unidad, destino o lugar de residencia". Por primera vez en la evolución del derecho penal militar la deserción dejaba de estar reservada a las clases de tropa por una misma acción típica que la prevista en el abandono de destino y pasaba a conformar un tipo penal con unas características totalmente distintas, como ya se verá en el apartado correspondiente. Además, la regla de imposición de pena también se iba a ver afectada por cuanto que la extensión total de la misma se incrementa considerablemente: de dos años y cuatro meses a seis años para el tiempo de paz y de seis a quince años, para el tiempo de guerra. La Ley Orgánica 13/1991 cohesionó perfectamente su contenido con la creación de un tipo penal novedoso por completo. En efecto, el artículo 119 bis iba a conjugar aspectos de las tradicionales definiciones penales del abandono de destino o residencia y de la deserción, tal y como se habían dispuesto en la normativa precedente. El nuevo tipo delictivo venía caracterizado por dos notas: el sujeto activo del delito tenía que ser un militar de reemplazo y la acción típica era exactamente la misma que para el abandono de destino o residencia –ausentarse injustificadamente de su unidad, destino o lugar de residencia o no presentarse, pudiendo hacerlo–. A mayor abundamiento, no sólo se utiliza la misma expresión legal para marcar los límites del tipo sino que, además, se le atribuye la misma pena, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra.

5.4. Breve apunte de la configuración actual

El delito de “abandono de destino o residencia” viene recogido en el artículo 119 del Código Penal Militar, aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, precepto este encuadrado en el Título VI, bajo la rúbrica “Delitos contra los deberes del servicio” y más concretamente en el Capítulo III, donde se regulan los delitos “contra el deber de presencia”. La actual redacción, conforme a la Disposición Octava de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, reguladora del Servicio Militar Obligatorio, es la siguiente, “El militar profesional que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempo de guerra, la ausencia por más de veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a diez años”.¹⁰⁷

Esta nueva redacción legal se debe a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del

¹⁰⁷ Respecto a la visión doctrinal del delito de abandono de destino, véase GARCÍA LABAJO, en “Comentarios” pp. 1471 a 1504, y DE QUEROL Y DE DURÁN en “Principios”, pp. 541 y siguientes.

Código Penal Militar, en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria. Por la parte que nos interesa, se da nueva redacción al Capítulo III del Título VI y se deroga el artículo 119 bis, que recogía el delito de abandono de destino o residencia cometido por el militar reemplazo. Este precepto deja de tener sentido y de ahí su derogación en cuanto se produce la suspensión del servicio militar obligatorio, en virtud de los Reales Decretos 247/2001, de 9 de marzo y el 342/2001, de 4 de abril, dictados por el Gobierno en uso de las atribuciones que le fueron concedidas por mor de la Disposición Transitoria decimotercera de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.

6. Conclusiones: ¿Hacia dónde puede conducir la evolución del Derecho Penal Militar?

No cabe duda que el presente estudio carecería de razón de ser si no se extrajeran determinadas consecuencias de las notas que han caracterizado la evolución histórica de los delitos analizados. Así, en principio, la importancia de estas conclusiones viene avalada por el hecho indubitado de que los delitos contra el deber de presencia son, hoy por hoy, los más cometidos en el ámbito procesal castrense. ¿Hacia dónde puede llevarnos esta evolución? ¿Qué nuevas necesidades debe afrontar la legislación castrense para adecuarse a las nuevas exigencias de las FAS? ¿Qué elementos de hecho se han introducido en la formulación legislativa actual?

Desde mi punto de vista, las necesarias modificaciones del artículo 119 del Código Penal Militar deben centrarse en dos de los aspectos configuradores de todo ilícito penal, una vez que ya se ha producido la derogación expresa del antiguo 119 bis por la Ley Orgánica 3/2003, de 22 de mayo, a la que ya hemos hecho referencia. Los dos aspectos son, por un lado, la determinación más precisa del sujeto activo del delito, suprimiendo el término “militar profesional” y, por otro lado, la cristalización positiva de las normas reguladoras del cómputo de plazos, que a pesar de haber sido consagradas por la Jurisprudencia de nuestra Sala 5ª, deberían, a mi entender, incorporarse en el tenor literal del artículo 119. Todo ello, sin perjuicio de otra modificación necesaria cual sería la supresión de la expresión “tiempo de guerra” por el de “conflicto armado”, tal y como expone CARRILLO COLMENERO.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Véase CARRILLO COLMENERO, en “*Perspectivas de reformas del Código Penal Militar*”, recogido en “*Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del Siglo XXI y otros estudios jurídicos militares*”, III JORNADAS SOBRE ASESORAMIENTO JURIDICO EN EL AMBITO DE LA DEFENSA, Ministerio de Defensa, Subsecretaría de Defensa, Madrid, abril 2001, página 591.

6.1. El concepto de militar profesional

El primero de los aspectos a modificar es la redacción legal del sujeto activo del delito. Entiendo superada el concepto no penal de militar, establecido en el artículo 8 del Código castrense, por la definición de “militar profesional” prevista en el artículo 2 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, en la cual se regula el régimen jurídico de los miembros vinculados a las Fuerzas Armadas.

El concepto de “militar profesional”, que es el recogido en la dicción literal del artículo 119, no es, en mi opinión, un término que acoja todos los posibles autores del delito analizado.¹⁰⁹ En virtud de lo establecido en el artículo 2 de la Ley 17/1999, bajo la expresión de militar profesional se engloban todos aquellos que mantienen una relación de servicios profesionales, unos de carácter permanente, otros de carácter temporal. En el primer caso, hacemos referencia al militar de carrera; mientras que en el segundo, a los Oficiales de complemento y a los militares de tropa y marinería profesional.

Como consecuencia de lo anterior, podemos concluir que estamos ante un militar profesional siempre y cuando haya una relación de servicios profesionales vinculada a la realización de las misiones que le son propias a las Fuerzas Armadas. Pero, sin perjuicio de lo anterior, el régimen de la Ley 17/1999 se extiende, de conformidad con lo previsto en el apartado 2 del artículo 1, a los alumnos de la enseñanza militar de formación y a la figura del reservista, cuyo marco normativo viene reconocido en el Título XIII del ya citado cuerpo legal.

Respecto a los alumnos de centro docentes de formación militar, el artículo 79 de la Ley de Personal establece que “Al hacer su presentación, los que ingresen en los centros docentes militares de formación y en los centros militares de formación firmarán un documento de incorporación a las Fuerzas Armadas según el modelo aprobado por el Ministro de Defensa, salvo aquellos que ya pertenezcan a éstas, y serán nombrados alumnos. A partir de dicho momento tendrán la condición de militar y estarán sometidos al régimen de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares, sin quedar vinculados por una relación de servicios de carácter profesional”.

Una vez más nos encontramos con un supuesto en el que las leyes penales no están debidamente coherentes con la legislación administrativa. Según el precepto reseñado, el alumno que queda ingresa en el centro docente respectivo de formación militar y firma el documento al que hace referencia el artículo 79, ya está efec-

¹⁰⁹ En relación con este concepto pero con anterioridad a la Ley 17/1999, MILLAN GARRIDO, *El concepto de “militar profesional” a efectos penales y la Ley 17/1989, de 19 de julio*, en la obra colectiva “La función militar en el actual ordenamiento constitucional español”, Editorial Trotta, Academia General Militar, Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales “Lucas Mallada”, Madrid 1995.

tivamente incorporado a las Fuerzas Armadas, está sujeto, por consiguiente, a las leyes penales y, sin duda, puede cometer el delito de abandono de destino y/o residencia previsto, pero no ostenta la cualidad de militar profesional.

El mismo panorama es el plantado en relación con la aportación suplementaria de recursos humanos, previsto en el Título XIII de la Ley de Personal Militar. Dejando de lado las características que definen los tres tipos de reservistas, temporales, voluntarios y obligatorios, a los efectos del presente estudio es de especial relevancia la dicción literal del artículo 175, que establece que “Los reservistas temporales y voluntarios no tendrán condición de militar. Cuando sean activados y se incorporen a los Ejércitos tendrán la condición de militar y estarán sujetos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares”. Por tanto, esta clase de reservistas en tanto que se incorporen a prestar los servicios encomendados o a desarrollar los ejercicios de instrucción o adiestramiento pertinentes, quedan efectivamente activados y, por ende, se sitúan como posibles sujetos activos del delito estudiado.

Algo parecido ocurre con los reservistas obligatorios si bien hay que hacer en este punto una pequeña matización, la cual tiene su razón de ser en que una parte de los reservistas obligatorios pueden desempeñar sus funciones en organizaciones con fines de interés general, mientras que otros lo hacen en el seno de las propias Fuerzas Armadas. Obviamente, sólo estos últimos estarán sujetos, cuando sean activados, a las leyes penales y disciplinarias militares, ya que como previene el artículo 183.1 “Los reservistas obligatorios que se incorporen a las Fuerzas Armadas tendrán el mismo régimen de personal que el de los reservistas voluntarios activados de empleo de Soldado”.

6.2. El régimen jurídico del cómputo de plazos

El segundo de los aspectos personalmente merecedores de reforma sería la necesaria incorporación al texto del artículo 119 del Código Penal Militar de la normativa reguladora en cuanto al cómputo de la ausencia injustificada. La redacción propuesta por RODRIGUEZ-VILLASANTE es la siguiente “Para el cómputo del plazo se empezará a contar desde el momento en que se produjere la ausencia o falta de incorporación, hasta aquel en que tuviere lugar la presentación”¹¹⁰.

La reforma vendría motivada fundamentalmente por la necesidad de coordinar dos preceptos de la Ley Disciplinaria Militar con el artículo 119 del Código Penal Militar. Así y en primer lugar, el artículo 7 en sus apartados décimo y undécimo establece, como falta disciplinaria de carácter leve, la ausencia injustificada del destino

¹¹⁰ Véase RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, en “*El Derecho militar del siglo XXI: un Proyecto de Código Penal Militar complementario*”, publicado en la Revista Española de Derecho Militar, número 77 (enero - junio 2001), Madrid, junio 2001, página 123.

por un plazo inferior de veinticuatro horas para los militares profesionales y de cinco días para los alumnos de centros docentes militares de formación y otros centros de formación. En ellos se hace la siguiente previsión legal “El plazo se computará de momento a momento, siendo el inicial aquel en que el militar debía estar presente en el destino”. El segundo de los preceptos es el artículo 8, en sus números 27 y 28, en los que, como falta grave, se sanciona la ausencia injustificada entre veinticuatro y tres días –para el militar profesional– y entre cinco y quince días –para el alumno de centro docente de formación–. En ambos, se hace constar la misma previsión ya citada¹¹¹.

Como consecuencia de lo anterior, el cómputo del plazo debe ser de momento a momento, iniciándose desde el instante en que el militar se ausentó o debía de haber comparecido y finalizando en el momento de su reincorporación efectiva. El admitir este criterio implica que nunca se podrá aplicar a estos efectos el artículo 5 de Código Civil, que establece “Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente”. Si considerásemos aplicable está disposición supondría que si la ausencia comienza a primera hora de la mañana, este día no sería computable a los efectos de consumación del delito. Esta conclusión, bajo mi parecer, sería totalmente contraria al bien jurídico que se pretende proteger en este tipo delictivo, la plena disponibilidad del militar al servicio.

Desde el punto de vista del término inicial del cómputo, el plazo de tres días¹¹² se empezará a contar desde el instante en que se produce el abandono o la falta de incorporación. Unas veces, este primer término podrá ser absolutamente determinado, otras veces podrá ser determinable. Ante el primer supuesto estaremos cuando sepamos a ciencia cierta cuándo se produjo el abandono o no incorporación, bien por la propia declaración del inculpado, como consecuencia de diversas declaraciones testificales, por que se tenía fijado para un día y a una hora revisión médica o por determinar una hora concreta para el comienzo un ejercicio de instrucción. También, y en ausencia de criterios como los anteriores, podremos establecer el punto de partida del cómputo en virtud de actuaciones militares de control, tales como la Lista de Ordenanza o el Control de arrestados.

Desde el punto de vista del término final del cómputo, éste consiste en la efectiva reincorporación del inculpado. Esta reincorporación puede ser en sentido estricto

¹¹¹ Esta previsión que regula el cómputo del plazo no viene recogida en el Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, previsto en la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, en el apartado 6 del artículo 7 y en 10 del artículo 8, en relación con las faltas disciplinarias de ausencia injustificada del lugar de destino o residencia.

¹¹² Obviamente el plazo de quince días para el militar de reemplazo carece de toda eficacia una vez suprimido el Servicio Militar Obligatorio. Por otro lado, a lo largo de nuestra Historia los plazos de consumación del delito se han ido paulatinamente reduciendo, desde los dos meses del Código de 1890 o los diez o los cinco días en el Código de Justicia Militar de 1945.

to, cuando se presenta a su Unidad de destino, o en un sentido laxo, situación esta que se da cuando el inculcado es llamado a declarar ante el Juzgado Togado Territorial. En este momento, la presentación ante la Autoridad militar que ejerce el órgano jurisdiccional determina, en cierto modo, un efectivo control militar y, por ello, considero que esta actuación procesal implicaría directamente la finalización del plazo de ausencia injustificada, siempre y cuando anteriormente a la misma el inculcado hubiera estado en paradero desconocido.

Entre estos dos términos, el plazo de tres días no debe ser continuo ni sucesivo¹¹³. Está absolutamente reconocido por la jurisprudencia de la Sala 5ª que no existe la obligación de disponibilidad durante los fines de semana y días festivos, a excepción de que, durante los mismos, se tuviera fijado un servicio de guardia o cualquier otra obligación derivada de la función militar. Por lo tanto, el plazo de ausencia se pueda consumir con la interrupción que supone un fin de semana, un día festivo o un día de permiso. Lo verdaderamente importante es que no exista la obligación de acudir a la Unidad, Centro u Organismo en el que se hallare destinado.

A modo de resumen, se puede inferir del análisis de los distintos instrumentos normativos de carácter penal militar que el delito de deserción y abandono de destino ha sido uno de los reflejos en los que se pueda apreciar en su conjunto el propio devenir del derecho penal militar. Ha quedado corroborado como el legislador ha ido adaptándose en cada momento histórico a las nuevas necesidades que iba planteando la carrera de las armas y como ha sabido, con mayor o menor acierto, flexibilizar la norma a la situación de hecho vivida.

¹¹³ En contra del criterio en su día mantenido por GARCIA LABAJO en “Comentarios...” en p. 1.493.